



Digitized by the Internet Archive
in 2026

**L'EXCEPTION D'ILLÉGALITÉ
EN FRANCE**

**La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les thèses ;
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.**

L'EXCEPTION D'ILLÉGALITÉ EN FRANCE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 30 novembre 1935, à 13 h. 30

PAR

Robert VECCHIERINI

Juge de Paix

Président : M. BARTHÉLEMY, Professeur.

JURY. { *Suffragants* } MM. MESTRE, { *Professeurs*
LAFERRIÈRE.

PARIS
LES ÉDITIONS DOMAT-MONTCHRESTIEN
F. LOVITON & C^{ie}
160, RUE SAINT-JACQUES

1935



BIBLIOGRAPHIE

- Berthélémy (H.).** — *Traité élémentaire de droit administratif*, 12^e édit.
- Hauriou (M.).** — *Précis de droit administratif*, 10^e édit.
- Bonnard (R.).** — *Le contrôle juridictionnel de l'Administration*.
- Mestre (A.).** — « Recherches sur l'exception d'illégalité », *Mélanges Hauriou*, p. 565 et suiv.
- Fliniaux (A.).** — « Le recours en appréciation de validité », *Mélanges Hauriou*, p. 297 et suiv.
- Closset (P.).** — « Le contrôle de la légalité et l'interprétation des règlements par l'autorité judiciaire », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1924, p. 244 et suiv.
- Jacquelin (R.).** — *Les principes dominants du contentieux administratif*.
- Teitgen (P.H.).** — *La police municipale générale*.
- Rives (A.).** — *L'exception d'illégalité en France*, Thèse, Paris, 1908.
- Boissard (Ch.).** — *L'exception d'illégalité devant les tribunaux judiciaires* (Thèse Dijon, 1925).
- Réglade (Marc).** — *Du prétendu contrôle juridictionnel de l'opportunité en matière de recours pour excès de pouvoir*.
- Chalvon-Demersay.** — *De l'examen du Conseil d'Etat statuant en matière de recours pour excès de pouvoir*, Thèse, Paris, 1922.
- Duez.** — *Les actes de gouvernement*, 1935.
-

INTRODUCTION

L'exception d'illégalité sur laquelle il a été déjà beaucoup écrit et beaucoup discuté, compte parmi les questions les plus délicates de notre droit public. Aucune loi ne la consacre formellement. Quelques rares textes seulement, comme l'art. 471, n° 15 du Code pénal, qui fera l'objet d'un chapitre spécial, et l'art. 35 de la loi du 9 décembre 1905 (réprimant les provocations par un ministre du culte à résister aux actes *légaux* de l'autorité publique) l'admettent implicitement en matière répressive.

Mais en matière non répressive, c'est-à-dire pour les affaires civiles et commerciales, la loi est entièrement muette.

Comment le préteur a-t-il suppléé à ce silence et dans quelle mesure ? L'étude des grands arrêts de jurisprudence paraît absolument nécessaire pour répondre à ces questions.

Il semble même que les décisions du Tribunal des Conflits et de la Cour de cassation, agissant chacun dans sa sphère respective (Le Tribunal des Conflits en matière civile et commerciale et la Cour suprême en matière répressive) devraient indiquer avec précision quel est le juge compétent pour contrôler la légalité d'un acte administratif dont dépend la solution d'un procès pendant devant un tribunal judiciaire.

Disons de suite que l'analyse de ces décisions est plutôt une source d'incertitude et de déception. C'est que, si la loi est muette, la jurisprudence, elle, possède un défaut pire encore : à savoir son extrême mobilité.

Nous constaterons plus tard comment la Cour de cassation a d'abord dénié au juge ordinaire tout droit de contrôle de la légalité des actes administratifs, quels qu'ils fussent. Puis nous la verrons exécuter une volte-face complète et proclamer ce droit à l'égard de tous les actes administratifs. Un nouveau changement de jurisprudence lui fera ensuite adopter la fameuse théorie reposant sur la distinction des actes réglementaires et des actes individuels.

Quant au Tribunal des Conflits, sa jurisprudence est encore plus trouble et l'arrêt *Septfonds*, du 16 juin 1923 (S., 1923-3-49 et la note Hauriou) par lequel il affirme l'incompétence absolue du juge ordinaire en matière d'exception d'illégalité, après avoir semblé suivre le système adopté par la Cour de cassation, n'est pas fait, par les nombreuses et graves critiques qu'il soulève, pour éclaircir la question.

Même en matière répressive, d'ailleurs, s'il est admis sans conteste que les actes administratifs illégaux ne sauraient bénéficier d'une sanction pénale, une divergence profonde existe, nous le verrons ultérieurement, entre les jurisprudences administrative et judiciaire sur le contenu qu'il convient d'attribuer à la notion de légalité.

Il est donc difficile, dans ces conditions, de faire le point en une matière aussi mouvante et aussi discutée. Il est permis de se demander si les bases que l'on assigne au pouvoir de contrôle de la légalité, par le juge ordinaire,

sont bien exactes ou tout au moins bien interprétées.

Une de ces bases est pourtant admise sans difficulté dans tout pays civilisé : c'est le *principe de la légalité*, sans lequel aucune liberté individuelle n'est possible et qui appartient tout autant au domaine psychologique qu'au domaine juridique.

La liberté politique dans un citoyen, écrit Montesquieu (*Esprit des lois*, LXI, Ch. VI) est cette tranquillité d'esprit qui provient de l'opinion que chacun a de sa sûreté; et pour qu'on ait cette liberté, il faut que le gouvernement soit tel qu'un citoyen ne puisse pas craindre un autre citoyen ».

Tout citoyen sent que les diverses normes juridiques auxquelles il est soumis ne sont pas situées sur un même plan mais au contraire, sont hiérarchisées, disciplinées, constituent une sorte de pyramide avec, à la base, l'ensemble de ses droits et de ses obligations et, au sommet, la règle suprême dont dépendent toutes les autres règles, tous les autres actes juridiques : la loi.

Mais où s'arrête cette pyramide ? Pourquoi l'Etat serait-il soumis à la légalité au même titre que l'individu ? Autant de questions que le simple citoyen ne se pose certainement pas et sur lesquelles, d'ailleurs, les juristes les plus avertis, les plus grands penseurs, sont loin d'être d'accord. Quand on s'applique à étudier les principales théories auxquelles elles ont donné naissance, qu'on a parcouru la gamme des doctrines qui, parlant de l'absolutisme intégral de Kant et de Hegel, aboutit à l'individualisme de l'école française, on doit avouer que de tels problèmes relèvent beaucoup plus de la métaphysique que de la technique juridique.

Aussi le droit positif de chaque Etat, s'il est plus ou

moins le reflet de l'une de ces doctrines, se garde-t-il bien d'en adopter les rigoureuses déductions. C'est, avant tout, une technique adaptée à l'évolution morale et politique du pays. Dans chaque pays, étant donné cette évolution, le problème de la légalité consiste à déterminer les mécanismes les plus efficaces de protection juridique des libertés individuelles.

Le principe de la légalité implique essentiellement la liaison, par la loi, des détenteurs de la puissance publique et la possibilité, pour le citoyen, de trouver, dans l'organisation juridictionnelle de son pays, un tribunal compétent pour vérifier la légalité des actes des gouvernants.

Cette protection de l'individu fonctionne à des échelons différents suivant les Etats.

a) Il peut être dirigé *contre le législateur*, sur le plan constitutionnel. Il est à peine besoin de dire qu'en France, à la différence de certains pays, principalement des Etats-Unis, les tribunaux de tous ordres se sont toujours déniés toute compétence pour apprécier la constitutionnalité de la loi ordinaire. Nos Chambres législatives sont théoriquement toutes puissantes et ne relèvent, en fait, que de l'opinion publique, laquelle n'est d'ailleurs pas à négliger. Il n'appartient pas à cette étude d'analyser les motifs d'une pareille omnipotence. Mais il nous paraît intéressant, cependant, de noter que de même que pour l'exception d'illégalité, l'interprétation française du principe de la séparation des pouvoirs joue un rôle primordial, en la matière.

« La séparation des pouvoirs, écrit M. le doyen Larnaude¹, n'est pas la même partout, il y a autant de

1. « L'inconstitutionnalité des lois et le droit public français », *Revue politique et parlementaire*, des 10 décembre 1925 et 10 février 1926.

séparations des pouvoirs qu'il y a de nations et de législations différentes » et le savant professeur ajoute un peu plus loin : « La séparation des pouvoirs à la française est toute entière dirigée contre le pouvoir judiciaire ». Voilà bien la clef de voûte de notre droit public, sur laquelle il nous faudra revenir constamment, comme un leit-motiv, au cours de cette étude.

b) Le principe de la légalité, s'il n'est pas appliqué partout sur le plan constitutionnel, joue, au contraire, dans tout Etat civilisé, *contre le juge*. L'institution de plusieurs degrés de juridictions, l'obligation, imposée au juge et au plaideur, d'observer des règles de procédure déterminées, l'organisation de différentes voies de recours contre les jugements des tribunaux inférieurs, toute la procédure, en un mot, ne sont que la mise en œuvre du principe de la légalité sur le plan juridictionnel.

c) Reste enfin la protection des libertés individuelles contre le troisième pouvoir de l'Etat, *contre le pouvoir exécutif*. Notre droit donne plusieurs moyens à l'individu pour lutter contre l'arbitraire des gouvernants.

Il lui permet d'abord de saisir le Parlement au moyen d'une pétition (Loi du 25 juin 1879). Cette voie politique est fort peu employée. Le citoyen qui s'estime victime d'un acte illégal préfère plutôt faire interpellier le Gouvernement par un membre du Parlement.

Plus souvent encore l'administré choisit la voie hiérarchique en adressant un recours gracieux à l'autorité supérieure à celle dont émane l'acte illégal.

Enfin et surtout il s'adressera au juge soit par le contentieux de la pleine juridiction, soit par celui de la légalité.

Ecartons le contentieux de pleine juridiction qui sort du cadre de cette étude et dont la distinction d'avec le contentieux de la légalité, par les nombreuses difficultés qu'elle soulève, mériterait à elle seule un ouvrage spécial.

Quant au contentieux de la légalité des actes administratifs, il consiste en une contestation sur la légalité d'un acte administratif, abstraction faite des droits subjectifs qui peuvent être nés de cet acte. Cette contestation peut se traduire de deux manières différentes :

Ou bien l'administré demandera au Conseil d'Etat, par le moyen du recours pour excès de pouvoir, d'annuler *erga omnes*, un acte administratif illégal (Loi du 24 mai 1872, art. 29). Il y a là une attaque directe contre l'acte. L'administration n'est pas partie au procès, elle se contente de formuler des observations en réponse à la requête de l'administré. Elle ne se pose pas en partie adverse au requérant ;

Ou bien le particulier, lorsque l'acte illégal sera invoqué dans un procès devant un juge quelconque, demandera au juge saisi de l'action principale de constater que l'acte est illégal et, sans y toucher en quoi que ce soit, de l'écarter des débats. Là encore l'administration n'est pas partie aux débats qui se déroulent seulement entre les plaideurs que l'action principale a mis en présence.

Comment se fait-il, dans ces conditions, que la compétence du juge ordinaire soit si discutée, en matière non répressive tout au moins ? Pourquoi, alors que le principe de la légalité est admis sans contestation dans notre droit français, le juge, qui n'est pourtant soumis qu'à la loi et qui puise dans le principe de la prééminence

de la loi le droit de rejeter tout acte illégal doit-il dans certains cas, surseoir à statuer lorsque la légalité d'un acte administratif est contestée devant lui ? Et pourquoi, surtout, sa compétence a-t-elle été si diversement modifiée depuis 1789 ? C'est qu'on a voulu voir dans l'exercice de cette compétence une atteinte au fameux principe de la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire. On a prétendu parfois appliquer ce principe dans toute sa rigueur et on a alors réduit au minimum le droit du juge ordinaire d'apprécier la légalité de tout acte administratif. A certaines époques, au contraire, on a admis que ce principe n'était pas une règle rigide mais un concept très élastique qui devait être interprété non pas dans le sens d'un « méticuleux bornage » des fonctions de l'Etat mais dans celui de leur collaboration, de leur « concert »¹. « La séparation des pouvoirs, écrit Hauriou, ne doit pas être entendue uniquement au sens fonctionnel, elle doit l'être aussi et surtout au sens politique »². Laquelle de ces conceptions est la vraie ? N'y aurait-il pas lieu plutôt d'admettre tout simplement que le contrôle de la légalité des actes administratifs rentre dans l'exercice naturel de la fonction juridictionnelle ?

Il faut avouer que notre droit positif semble évoluer en sens contraire. L'arrêt *Septfonds*, s'il marque l'aube d'une jurisprudence nouvelle, aura sensiblement restreint les pouvoirs du juge ordinaire en matière d'exception d'illégalité. L'individu et l'Etat ont-ils à perdre ou à gagner au système nouveau que l'arrêt *Septfonds* semble vouloir inaugurer ? Telles sont les quelques questions

1. A. Mestre, « Recherches sur l'exception d'illégalité », *Mélanges Hauriou*, p. 567.

2. Hauriou, *Précis de droit administratif*, 10^e édit., p. 873, note 2.

auxquelles cette modeste étude s'appliquera à répondre. Après une vue d'ensemble des différentes modifications qui ont été apportées au champ d'application de l'exception d'illégalité au cours des années qui ont suivi la Révolution, nous procéderons à l'examen de la jurisprudence de la Cour de cassation, du Conseil d'Etat et du Tribunal des Conflits d'abord dans la matière, tout à fait spéciale, de la sanction pénale des actes administratifs, puis en matière non répressive. Chemin faisant, nous aurons l'occasion de voir surgir les problèmes que pose l'interprétation française de la séparation des pouvoirs et les solutions que notre jurisprudence leur a données. Sur beaucoup de points nous constaterons de profondes divergences entre les jurisprudences administrative et judiciaire. De telles contradictions ne doivent-elles pas faire douter, *à priori*, de la valeur des théories qui voient dans l'exception d'illégalité une atteinte au principe de la séparation des pouvoirs ? Il est permis de le penser et l'analyse de l'arrêt du 16 juin 1923, par laquelle nous terminerons ce travail, nous permettra de toucher du doigt le vice fondamental d'une construction juridique qui, par une véritable pétition de principes, est arrivée non seulement à obscurcir mais même à déformer, au bénéfice de l'administration, le principe-base sur lequel doivent se modeler tous les autres, le principe de la légalité.

CHAPITRE PREMIER

ETUDE HISTORIQUE DES MODIFICATIONS APPORTEES AU DOMAINE DE L'EXCEPTION D'ILLEGALITE

1. *Les textes révolutionnaires :*

En vain chercherait-on en France, à la veille de la Révolution, une apparence de séparation des trois pouvoirs si soigneusement distingués par Montesquieu dans son admirable chapitre sur la Constitution de l'Angleterre. La plus complète confusion des pouvoirs existait alors tant au profit de la royauté qu'à celui des parlements.

D'une part, le Conseil du roi édictait des actes administratifs et de gouvernement en même temps qu'il rendait des ordonnances législatives et qu'il jugeait en qualité de tribunal suprême du royaume. La royauté n'oubliait pas que le Parlement n'était qu'une émanation de la *Curia Regis* d'antan et que, s'il lui avait plu de se décharger sur les tribunaux d'une partie de sa compétence, elle restait libre de la leur reprendre à sa guise. Aussi le Conseil du roi gardait-il, par son Conseil privé, à la fois le rôle de Cour de cassation et de Tribunal des Conflits, et par sa section des Maîtres des Requêtes de

l'Hôtel, il n'hésitait pas à évoquer de nombreuses affaires contentieuses. Aux échelons inférieurs, même immixtion dans les fonctions judiciaires. Le nom même des intendants : « Officiers de police, de justice et de finance » est particulièrement suggestif.

D'autre part, l'administration était constamment entravée par les Parlements qui se considéraient, concurrentement avec les Etats Généraux et plus encore, à défaut de réunion de ceux-ci, comme les représentants naturels des trois ordres et ne craignaient pas, à ce titre, de se comporter comme de véritables supérieurs hiérarchiques des fonctionnaires. Par les injonctions qu'ils adressaient à ces derniers, par leur contrôle, qui allait jusqu'à la réformation ou l'annulation, de tous les actes administratifs, ils en étaient arrivés à troubler gravement la fonction administrative.

C'est pour mettre fin à tout jamais à cette confusion des pouvoirs et aux graves inconvénients qui en résultaient pour la bonne marche des affaires publiques que fut inséré dans la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen l'art. 16 qui proclame que « Toute Société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a pas de Constitution ».

En bonne logique, admettre le principe de la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire, cela veut dire que le juge ne doit pas administrer et que l'administrateur ne doit pas juger.

La première de ces deux interdictions fut strictement assurée par une série de textes qui ont joué un rôle considérable dans le développement ultérieur de notre droit administratif.

La loi des 16-24 août 1790, Titre 2, art. 13 édicte que :
« Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeurent toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, *troubler* de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions ».

Cette prohibition est reprise dans l'art. 3 de la Constitution du 3 septembre 1791, Titre 3, Chapitre V :
« Les tribunaux ne peuvent s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif, suspendre l'exécution des lois, ni entreprendre sur les fonctions administratives ou citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions ».

Egalement le décret du 16 fructidor an III défend aux tribunaux de connaître les actes de l'administration, de quelque espèce qu'ils soient, aux peines de droit (peines actuellement prévues par l'art. 127 du Code pénal).

Ces textes, fort sages en eux-mêmes, empêchaient tout empiètement des tribunaux judiciaires sur la fonction administrative. L'extrême méfiance que le souvenir des agissements des Parlements avait fait naître à l'égard des juges conduisit à une interprétation rigoureuse du principe de la séparation des pouvoirs. La doctrine et la jurisprudence s'accordèrent, en effet, pour déclarer que ce principe interdisait aux tribunaux judiciaires, non seulement d'accomplir des actes d'administration active, mais aussi d'interpréter le sens et d'apprécier la légalité de tout acte administratif. Le juge, saisi de l'illégalité d'un acte administratif au cours d'un procès quelconque, devait surseoir à statuer jusqu'à

ce que la validité de l'acte eût été appréciée par l'autorité compétente.

Mais quelle était cette autorité ? Et quand un acte présentait-il le caractère administratif ? Quand on songe qu'à cette époque il n'existait pas d'autres tribunaux que les tribunaux judiciaires et que, d'autre part, étaient considérés comme des actes administratifs « toutes les opérations qui s'exécutent par les ordres du Gouvernement, par ses agents immédiats, sous sa surveillance et avec les fonds fournis par le Trésor public »¹, il apparaît clairement que l'individu manquait de toute protection contre les actes arbitraires des fonctionnaires. Le principe de la séparation des pouvoirs, dirigé uniquement contre le pouvoir judiciaire au profit de l'administration, était altéré dans son essence même au point d'aboutir à une nouvelle confusion des pouvoirs.

Aussi notre droit, tant par l'action du législateur que par celle du préteur, évolua-t-il rapidement vers une meilleure interprétation du principe de la séparation des pouvoirs.

Une des faces de cette évolution c'est la création, au sein de l'administration, d'organes spécialisés dans l'examen du contentieux administratif, c'est l'abandon du système de l'administrateur-juge pour celui du juge administratif. Nous aurons à examiner plus loin, sur le terrain de l'exception d'illégalité, la portée qu'il convient d'attacher à cette réforme.

Le deuxième correctif à la rigueur de la conception primitive de la séparation des pouvoirs consista à restituer peu à peu aux tribunaux judiciaires une partie des litiges occasionnés par l'activité administrative.

1. Arrêté du Directoire du 2 germinal an V.

Il est important, pour l'examen du champ d'application de l'exception d'illégalité, de déterminer lesquels de ces litiges furent ramenés dans la compétence judiciaire. Le principe que « le juge de l'action est juge de l'exception » s'applique, en effet, sans la moindre restriction lorsque l'exception porte sur une contestation qui aurait été de la compétence du juge s'il en avait été saisi au principal.

La méfiance qui pesait sur le pouvoir judiciaire ne devait pas tarder à s'estomper et à disparaître. C'est que les tribunaux judiciaires, loin de chercher à empiéter sur la fonction administrative, ont au contraire veillé scrupuleusement à rester dans leur rôle juridictionnel au point qu'on leur a souvent reproché une tendance exagérée à se décharger trop facilement sur les tribunaux administratifs des litiges intéressant l'administration. Il est certain que cette timidité est pour beaucoup, nous le verrons ultérieurement, dans la théorie nouvelle que semble avoir inaugurée l'arrêt *Septfonds*.

Le seul motif sérieux qui ait contribué au maintien des tribunaux administratifs est, en réalité, fondé sur le souci d'assurer une meilleure division du travail. On estime que le juge ordinaire, habitué à juger le contentieux privé, n'a pas l'aptitude voulue pour juger le contentieux administratif, bien différent du premier par ses bases juridiques et par ses méthodes. Mais un tel sentiment a en même temps contribué à ramener aux tribunaux ordinaires le contentieux des actes qui, quoique accomplis à l'occasion de l'activité administrative, ne diffèrent pas de ceux qu'accomplissent les particuliers lorsqu'ils gèrent leur propre patrimoine.

2^o *Le contentieux administratif de droit privé :*

Ainsi fut détaché de la compétence des juges administratifs ce qu'on appelle *le contentieux administratif de droit privé*. Il comprend, en principe, les actes et contrats passés par l'administration pour la gestion de son domaine privé ou de ceux de ses services qui revêtent la forme domaniale : ventes, achats, baux à ferme, marchés de fournitures aux départements et aux communes, dons et legs, etc... Il est soumis aux règles du droit civil, sauf les restrictions résultant du fait que les contrats administratifs de droit privé sont passés dans la forme administrative (V. Hauriou, *Précis de droit administratif*, 10^e édition, p. 42, note 2).

Or l'art. 1134 du Code civil édicte expressément que « Les conventions *légalement formées* tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » et l'art. 1108 impose quatre conditions essentielles pour la validité des conventions, savoir : le consentement de la partie qui s'oblige ; sa capacité de contracter, un objet certain qui forme la matière de l'engagement, une cause licite, auxquelles il y a lieu d'ajouter le défaut de formes lorsque la loi prescrit des formes spéciales.

L'individu qui a passé un contrat de droit privé avec l'administration et qui estime que ce contrat n'a pas été *légalement formé*, peut opposer la nullité de la convention en cas de litige relativement à cet acte.

Mais qu'on ne s'y trompe pas. Nous sortons alors du domaine de l'exception d'illégalité. Il ne s'agit plus, en effet, de déterminer uniquement la légalité objective de l'acte. Le litige dans lequel la validité du contrat est contestée provient de ce que les droits subjectifs de l'individu, nés du contrat, sont mis en cause dans le

procès et le contentieux du contrat est trop intimement lié à celui de son exécution matérielle et de la situation juridique de l'individu pour qu'on puisse l'en isoler. Nous sommes là et nous restons dans le domaine de la pleine juridiction.

Toute autre est la situation lorsqu'il s'agit des contrats administratifs proprement dits dont nous analyserons ultérieurement les caractères. Ces actes, appelés aussi plus justement actes administratifs en forme de contrats, s'ils revêtent la forme bilatérale, restent fortement teintés de puissance publique du fait qu'ils sont intimement liés à l'existence et au fonctionnement des services publics dont ils doivent avant tout assurer la continuité.

Aussi soulèvent-ils de délicats problèmes en matière d'exception d'illégalité et méritent-ils d'être soigneusement distingués des contrats administratifs de droit privé.

Ce n'est que peu à peu que la jurisprudence est arrivée à préciser le signe de démarcation entre ces deux sortes de contrats.

La définition trop absolue, donnée par l'arrêté du Directoire du 2 germinal an V, ne pouvait satisfaire les juristes tant soit peu avertis et tant soit peu soucieux du respect des libertés individuelles. Dans l'affaire *Valdezey* du 15 prairial an XII, Merlin proclame la compétence judiciaire pour les litiges relatifs au domaine privé (*Questions de droit*, 2^e édition, t. IV, V. « pouvoir judiciaire », p. 62) « Ce sont donc aussi des actes administratifs, dit-il, que les contrats quelconques dans lesquels les conseils municipaux traitent et stipulent au nom de la commune. Et si ces baux, ces transactions

donnent lieu à des contestations, le pouvoir judiciaire ne pourra donc pas en connaître ? ... ».

Henrion du Pansey, de son côté (*De l'autorité judiciaire*, 2^e édition, p. 468)¹ écrit : « Il ne faut pas s'y méprendre le Gouvernement n'est juge des difficultés que lorsqu'il agit comme gouvernement et dans l'intérêt général de la Société. Il en serait autrement si la contestation avait pour objet des droits réels, des prestations foncières ou des immeubles que des actes du Gouvernement auraient déclarés faire partie du domaine de l'Etat et que des particuliers réclameraient comme leur appartenant à titre patrimonial ».

Vint ensuite la fameuse théorie, un moment suivie par la jurisprudence, des actes de gestion et des actes d'autorité. Seraient actes d'autorité et formeraient le domaine propre du droit administratif les actes à base de commandement, de puissance publique. Seraient actes de gestion et échapperaient à la compétence administrative les actes « que les administrateurs accomplissent, soit pour le profit du domaine privé, soit pour le fonctionnement des services publics, dans les conditions où les particuliers agissent pour la gestion de leurs propres affaires »².

3^o *Les actes administratifs en forme de contrats :*

Mais la jurisprudence devait bientôt abandonner ce critérium par les célèbres arrêts *Blanco* (Trib. Confl., 8 février 1873, D.P., 1873-3-20) ; *Feutry* (Trib. Confl., 29 février 1908, S., 1908-3-97) ; *Thérond* (C.E., 4 mars 1910, S., 1911-3-17).

1. Cité dans Berthélémy, *Traité élémentaire de droit administratif*, 12^e édit., p. 25 et 26.

2. Berthélémy, *Traité élémentaire de droit administratif*, 12^e édit., p. 26.

La compétence administrative fut alors étendue à la connaissance de tous les actes matériels et contractuels de l'administration agissant dans le but d'assurer le fonctionnement des services publics.

Restait à déterminer le signe de démarcation auquel il est possible de reconnaître si un contrat est intervenu en vue de l'exécution d'un service public. Dans un arrêt du 31 juillet 1912 (*Société des Granits des Vosges*), le Conseil d'Etat s'est d'abord attaché à distinguer si le marché met plus ou moins directement en question le fonctionnement d'un service public.

Puis, resserrant son analyse, il a finalement adopté la distinction suivante : Est contrat de droit commun, le contrat passé par l'administration avec un particulier qui ne contient pas de clauses exorbitantes du droit commun ; est, au contraire, purement administratif le contrat qui contient une ou plusieurs de ces clauses.

« Ces clauses, écrit M. Troabas (note sous D.P., 1926-2-17), se révèlent par un déséquilibre du contrat en faveur de l'administration et par l'attribution au cocontractant, en contre-partie en quelque sorte de ce déséquilibre, de certains pouvoirs envers les tiers. Ces pouvoirs ne s'expliquent que par l'existence d'un service public car ils sont tels qu'un simple particulier n'en peut acquérir de ses semblables par un contrat de droit privé ».

L'arrêt du 23 décembre 1921 (*Société générale d'armements, Rec.*, p. 1109), qui inaugure cette jurisprudence, a été surtout dicté par des considérations pratiques. Par la loi du 10 avril 1915 l'Etat avait créé un service d'assurances maritimes contre les risques de torpillage. Pour pouvoir bénéficier de cette assurance, les navires

devaient avoir été préalablement assurés, auprès de compagnies privées, contre les risques ordinaires de la navigation. Un voilier appartenant à la Société générale d'armements, le « *Général de Boisdeffre* » ayant disparu, le 15 août 1915 près des côtes de Bretagne, la Société attribua ce sinistre à un torpillage et porta une demande en dommages-intérêts devant le Conseil d'Etat. Un grand nombre de cas identiques avaient été déjà jugés par les tribunaux judiciaires. Le Conseil craignit qu'en se déclarant compétent il entrât, pour d'autres sinistres, en contradiction avec les jugements des tribunaux judiciaires statuant sur ces mêmes sinistres. Le souvenir du déni de justice auquel la dualité des compétences administrative et judiciaire l'avait jadis conduit dans la fameuse affaire de l'*Iris* (D.P., 1856-2-221) l'amena à se déclarer incompétent pour le motif que l'Etat, en instituant un service d'assurances maritimes « n'avait pas entendu gérer ce service dans des conditions juridiques différentes de celles où fonctionnent les entreprises privées ».

L'arrêt *Société des affréteurs réunis*, du 23 mai 1924 (Rec., p. 398) confirme cette jurisprudence. Un litige avait été porté devant lui à l'occasion du sinistre d'un navire appartenant à la Société précitée. Ce navire était assuré auprès de l'Etat par application de la loi du 19 avril 1917 qui avait remplacé celle du 10 avril 1915. Sous l'empire de cette nouvelle loi, l'assurance maritime était obligatoire, et non plus facultative, pour tous les navires jaugeant plus de 500 tonneaux. De plus la valeur garantie par l'Etat était fixée par le Ministre des travaux publics. Enfin, en cas de sinistre, cette valeur n'était remboursée que jusqu'à concurrence de 75 %, le reste ne devenant exigible qu'après justification du

remploi du premier versement dans l'achat ou la construction d'un nouveau navire qui devait être agréé par le Ministre des travaux publics. Le Conseil d'Etat voyant, à juste titre, dans toutes ces prescriptions des clauses exorbitantes du droit commun, affirma la compétence administrative.

Voir également dans le sens de cette jurisprudence, les arrêts *Gaudon* du 11 mai 1923 (D.H., 1923, « Chronique », p. 18); *Département des Pyrénées orientales* (D.H., 1926, p. 130), du 3 juillet 1925. Voir *Affaire Mestral* dans D.P., 1926-2-17, avec la note de M. Trotabas précitée, etc...

La Cour de cassation s'est ralliée à cette théorie dans son arrêt *Magnier* du 2 juillet 1924 (D.P., 1926-1-177 avec la note de M. Appleton). Est contrat de droit commun, suivant cet arrêt et relève de la compétence judiciaire, la vente de graines de semence d'avoine faite par une société coopérative de reconstitution agricole, agissant comme mandataire de l'Etat, à un particulier (V. aussi l'arrêt des Chambres réunies du 23 février 1930, *Société méridionale et algérienne des vins*)¹.

Enfin le Tribunal des Conflits a également consacré cette jurisprudence dans ses arrêts *Boyer* et *Jullian* du 30 juin 1930 (D.P., 1931-3-33). Il s'agissait d'un litige

1. V. un arrêt du 28 mai 1935 (D.H., 1935, p. 385) de la Cour d'appel de Paris : « Si les marchés passés par l'Etat pour les transports intéressant ses services sont compris parmi ceux dont le décret du 11 juin 1866 attribue la connaissance à la juridiction administrative, les transports effectués pour le compte de l'Etat relèvent des tribunaux de l'ordre judiciaire dans le cas où l'administration en dehors de tout marché, a entendu s'adresser au transporteur dans les mêmes conditions que le public en général. Spécialement relèvent de la compétence judiciaire les conventions de transport par péniches conclues dans les formes du commerce, sans aucune clause particulière d'ordre administratif, notamment sans aucune référence à un Cahier des Charges type ou à un Cahier de Clauses et conditions générales mais avec un renvoi à la convention d'affrètement de droit commun ».

entre l'Etat et un propriétaire. Ce dernier attribuait aux émanations toxiques des eaux usées d'une poudrerie nationale les dommages causés à ses récoltes et à ses animaux. Le Haut Tribunal affirma la compétence du juge des référés pour ordonner d'urgence une expertise à l'effet de rechercher si les dommages provenaient de l'inexécution, par l'Etat, d'une clause d'un acte de vente l'obligeant, envers le propriétaire, à prendre toutes mesures de protection utiles pour éviter que les eaux résiduelles ne pussent nuire aux cultures.

Nous voici bien éloignés de la tranchante définition de l'acte administratif donnée par l'arrêté du Directoire du 2 germinal an V.

Cependant la précision obtenue dans la fixation des limites entre les contrats administratifs de droit privé et les actes administratifs en forme de contrats n'est que relative.

On constate, en effet, une propension fort nette du Conseil d'Etat à attirer vers lui un grand nombre de litiges qui devraient normalement intéresser des contrats de droit privé, si on s'en tenait strictement au critérium que nous venons d'étudier.

Un premier point par lequel se marque cette politique du Conseil d'Etat c'est la facilité avec laquelle il admet les recours pour excès de pouvoir dirigés contre les décisions exécutoires auxquelles sont subordonnés les contrats administratifs.

Cette extension de compétence lui permet d'abord d'exercer un contrôle détourné de la légalité objective des contrats administratifs proprement dits. On sait qu'en principe le Conseil n'admet pas qu'un recours pour excès de pouvoir soit déposé contre de pareils

actes qui ne relèvent, dit-il, que du contentieux de la pleine juridiction. La théorie des recours parallèles subit donc ici un échec indéniable (V. arrêt du 4 avril 1905, *Martin*, déclarant recevable un recours pour excès de pouvoir contre la délibération d'un Conseil général portant concession d'un tramway ; arrêts du 30 mars 1906, *Ballande*, et du 15 mai 1914, *Ducret*, admettant le recours de soumissionnaires évincés contre des adjudications illégales etc...).

Mais c'est surtout à l'égard des contrats administratifs de droit privé que cette tactique peut avoir d'importantes conséquences et amener une amputation du pouvoir de contrôle, par le juge ordinaire, de la légalité de ces actes. Lorsqu'en effet l'individu soulèvera devant le tribunal judiciaire la nullité du contrat que l'administration veut lui faire exécuter et lorsqu'une décision servant de soutien à ce contrat aura été annulée par le Conseil d'Etat, le juge ordinaire se trouvera devant un préjugé puissant qui l'obligera à s'incliner pour ne pas violer l'autorité de la chose jugée (Voir l'arrêt *Petit* du 29 décembre 1905 qui admet le recours pour excès de pouvoir dirigé contre un arrêté préfectoral approuvant une transaction).

Cette même tendance du Conseil d'Etat à réduire de plus en plus le domaine du contentieux administratif de droit privé se retrouve dans l'élargissement considérable qu'il donne à la notion de travaux publics.

Le contentieux des travaux publics a été attribué par la loi du 28 pluviôse an VIII, art. 4, en premier ressort au Conseil de préfecture et en appel au Conseil d'Etat.

Or, chaque fois qu'il est possible, dans un contrat complexe, de déceler des clauses qu'on peut ramener à la

notion de travaux publics, le Conseil d'Etat fait rentrer tout le contrat dans la compétence administrative. Ainsi, une entreprise de travail dans les prisons est un simple marché de fourniture des matières premières aux prisonniers. Le Haut Conseil le fait rentrer dans la catégorie des marchés de travaux publics s'il est assorti d'obligations subsidiaires d'entretien de la prison (26 décembre 1903, *Brunelet*; 12 février 1904, *Thévenet*). Il en est de même de tout marché qui impliquera un travail sur le domaine public; telles sont les concessions de balayage et de nettoyage de la voie publique, les entreprises de pompes funèbres, etc...

Il est parfois délicat de distinguer si un contrat administratif est rattachable à la notion de travaux publics ou à celle d'exploitation d'un service public.

Cette distinction est utile à faire pour l'étude du contrôle de la légalité des actes administratifs bilatéraux.

Enfin l'action envahissante du Conseil d'Etat se manifeste aussi par la facilité avec laquelle il regarde certaines clauses des contrats de droit privé comme suffisantes pour imprimer à ces contrats la nature administrative.

Par exemple il a été jugé (19 juin 1918, *Société des Voiliers français*) que la clause par laquelle, dans un contrat administratif de droit privé, un particulier accepte que toutes les contestations à naître soient jugées administrativement « si elle ne peut être, par elle-même, attributive de compétence, n'en a pas moins pour effet d'indiquer la commune intention des parties en ce qui concerne le caractère de la convention intervenue entre elles » et rend le contrat administratif. Le Conseil d'Etat n'a pas hésité ici à faire produire effet à une clause entachée

d'une nullité radicale puisqu'elle portait atteinte aux règles de la compétence absolue.

Quoi qu'il en soit, nous venons de déterminer une catégorie particulière d'actes administratifs, les actes administratifs en forme de contrats. Ces actes peuvent-ils entrer dans une étude sur l'exception d'illégalité ? C'est ce que nous nous proposons d'examiner avant de passer à l'historique du contrôle de la légalité, par les tribunaux judiciaires, des actes administratifs unilatéraux.

Considérons d'abord les contrats de concession des services publics.

Ces contrats ont tous à leur base une pièce essentielle, le Cahier des Charges qui fixe l'objet et les conditions du contrat. La thèse qui voyait dans ce Cahier des Charges un simple contrat entre l'administration et le concessionnaire est aujourd'hui abandonnée. Comme l'écrit Duguit (« De la situation juridique du particulier faisant usage d'un service public », *Mélanges Hauriou*, p. 283). « Il est aujourd'hui démontré que la concession d'un service public est un acte complexe, comprenant des clauses contractuelles et des clauses réglementaires, que toutes les dispositions relatives au fonctionnement du service sont réglementaires et que, quoique conventionnellement établies, elles forment la loi du service ; qu'elles peuvent même être unilatéralement modifiées par l'autorité supérieure ».

Dans les rapports de l'administration et du concessionnaire, la question du contrôle de la légalité par le juge ordinaire ne se pose même pas puisque le contrat de concession ne peut jamais être débattu que devant le juge administratif de la pleine juridiction.

C'est dans les rapports du concessionnaire et des usagers que peut se poser la question de la compétence du juge ordinaire pour apprécier la validité du Cahier des Charges.

Quelle est, en effet, la nature du Cahier des Charges à l'égard du public ?

Une partie de la doctrine voit dans les clauses de ce Cahier une stipulation pour autrui, de sorte que les tiers pourraient les invoquer comme un contrat en leur faveur, conformément à l'art. 1121 du Code civil.

Cette théorie rencontre de graves objections (V. la note de M. Blaevoet sous D.P., 1935-1-33).

D'abord elle est inapplicable aux régies. Va-t-on admettre que l'individu aura des recours différents suivant qu'un même service public sera exploité en régie ou par voie de concession ?

D'autre part, la stipulation pour autrui de l'art. 1121 du Code civil est un acte spécial et individuel ; elle implique une déclaration du stipulant tendant à faire naître à la charge du promettant une obligation spéciale au profit d'une personne déterminée ou déterminable (Duguit, *op. cit.*, p. 275). Au contraire, le Cahier des Charges organise le service public d'une manière objective, en faveur d'une collectivité anonyme.

Dira-t-on alors, à défaut de stipulation pour autrui, que la situation de l'usager est celle du maître dans la gestion d'affaires, parce que l'administration gère l'affaire du public ? Si on admettait ce raisonnement toute personne intéressée au fonctionnement du service pourrait agir en qualité de créancière de l'administration (ou du concessionnaire qu'elle s'est substitué). Comme l'exprime Duguit, « Entre la gestion d'affaires,

le fait d'un individu qui, prenant volontairement en main les intérêts d'un autre, se trouve par là même vis-à-vis de lui dans une situation analogue à celle d'un mandataire et le fait d'une administration qui conformément à la loi, assure le fonctionnement d'un service public, il y a tout un monde de différences. Dans le premier cas c'est un particulier qui fait un acte spécial dans l'intérêt d'un autre, dans le second, c'est un ensemble d'agents qui appliquent la loi » (*op. cit.*, p. 275).

Aussi de savants auteurs (Duguit, M. Jèze) se refusent-ils à admettre le caractère contractuel de l'acte qui déclanche au profit de l'usager le fonctionnement du service public. Ils y voient un acte-condition, c'est-à-dire l'acte juridique par lequel l'individu fait jouer à son profit ou à son détriment la loi du service.

« La loi du service, écrit Duguit (*op. cit.*, p. 262) est conventionnellement établie dans le Cahier des Charges ; elle n'en est pas moins une loi, une véritable loi qui s'applique au concédant, au concessionnaire et à tous ceux qui font usage du service... ». « Les usagers, écrit aussi Duguit, par le fait même qu'ils usent du service, se trouvent subordonnés à sa loi, laquelle détermine les avantages qui leur sont accordés et les charges qui leur sont imposées. Comme les agents du service, les usagers se trouvent dans une situation qui n'a rien de contractuel, elle est purement et simplement légale... ».

Une telle théorie apporterait, si elle était admise par notre jurisprudence, un argument puissant en faveur du contrôle de la légalité objective des contrats de concession par le juge ordinaire saisi d'un litige entre le concessionnaire et un usager.

Mais, il faut le dire, la jurisprudence et la grande

majorité de la doctrine voient dans les rapports de l'usager et du concessionnaire, non pas un acte-condition, mais un véritable contrat, le contrat d'adhésion (V. Ch. Blaevoet, *op. cit.*).

« Attendu, dit la Cour de cassation dans son arrêt du 20 février 1923 (D.P., 1926-143) que les stipulations d'un traité passé entre une commune et un concessionnaire d'un service public... ne lient pas les particuliers habitant la commune lesquels ne sont ni parties, ni représentés à ce traité; que la société (concessionnaire) ne peut exiger l'exécution d'une clause que son marché l'autorise à imposer aux usagers de l'électricité qu'à la condition de justifier de l'adhésion de l'intéressé (Code civil art. 1108); que cette adhésion ne peut résulter que de la signature de la police d'abonnement se référant au traité ou de toute autre manifestation non équivoque d'une acceptation... ».

Il faut reconnaître que le contrat d'adhésion entre concédant, concessionnaire et usagers, explique difficilement comment l'usager peut être lié par des modifications ultérieures unilatérales du Cahier des Charges.

Deux arrêts de la Cour suprême montrent bien cette pierre d'achoppement.

Dans l'arrêt du 19 juillet 1920, la Cour a jugé que la convention antérieurement intervenue entre le concessionnaire du gaz d'une commune et un abonné dans les limites du tarif maximum fixé par le Cahier des Charges, sans aucune référence au Cahier des Charges, continuait à régir les rapports des parties jusqu'à son expiration normale et n'était pas modifiée par une élévation du tarif maximum.

Dans l'arrêt du 4 mai 1921, la Cour décide, au contraire,

que les relèvements provisoires de tarifs modifiant le prix du gaz, s'imposaient à tous ceux auxquels le gaz était fourni par le concessionnaire, les abonnés n'ayant le droit d'exiger de celui-ci la fourniture du gaz qu'à la condition de payer les redevances régulièrement établies.

Voici deux arrêts contradictoires. Le second nous éloigne bien de la notion d'un contrat d'adhésion. Dire, comme le fait la Cour que « le relèvement provisoire du taux régulièrement approuvé par l'autorité administrative s'impose à tous ceux auxquels le gaz est fourni » c'est faire bon marché de l'art. 1134 du Code civil sur l'inviolabilité des contrats.

Dans sa note sous ces arrêts (D.P., 1922-1-41), M. Appleton approche de très près la théorie de MM. Duguit et Jèze.

« Les contrats, dit-il, passés par les concessionnaires des services publics avec les usagers sont des contrats de droit civil, mais ils se rattachent par leur origine au contrat de concession. Celui-ci, et notamment le Cahier des Charges qui en forme la pièce essentielle, pèse à ce point sur les contrats d'abonnement des usagers qu'à tout instant il faut avoir recours à ce Cahier des Charges, obligatoire pour toutes les parties, en vue de trancher les difficultés entre concessionnaires et usagers; et, s'il y a des clauses obscures, ambiguës ou d'une légalité contestable, c'est l'autorité administrative seule qui peut statuer. Ceci posé, il est facile de prouver que le Cahier des Charges et ses modifications font la loi du public et que celles-ci doivent s'appliquer immédiatement aux contrats en cours, *comme le ferait une loi instituant un impôt public* » et le savant auteur de conclure :

« Les considérations qui précèdent condamnent la distinction que la Chambre des Requêtes avait cru pouvoir faire, dans son premier arrêt, entre le cas où la police d'abonnement contient une référence au Cahier des Charges et celui où elle n'en contiendrait aucune. *Dans les deux cas l'usager a conclu sous l'empire du Cahier des Charges, qu'il ne doit pas plus ignorer qu'il ne peut être censé ignorer la loi.* Aussi la Chambre des Requêtes a-t-elle abandonné cette distinction dans son second arrêt ».

A vouloir rester attachée à la notion contractuelle cette démonstration renferme une contradiction que Duguit n'a pas eu de peine à faire ressortir (*op. cit.*, p. 283).

« Si la redevance due par l'abonné est un impôt, elle n'est pas due en vertu d'un contrat. Mais si la concession est un contrat elle n'a pu imposer un impôt ; la redevance est alors due en vertu d'un contrat et, s'il en est ainsi, elle ne peut être modifiée par un contrat intervenu avec un tiers, ni même par une loi ».

Nous ne pouvons davantage nous appesantir sur le caractère des rapports qui existent entre concessionnaires et usagers. Remarquons simplement que, même pour les partisans du contrat d'adhésion il est admis généralement que les clauses du Cahier des Charges relatives à l'organisation et au fonctionnement du service public ont une valeur réglementaire à l'égard des usagers, qu'elles « ne sont pas liées avec l'équilibre d'un contrat » (Ch. Blaevoet, *op. cit.*, p. 34, 2^e colonne), et qu'en contractant avec le concessionnaire, l'usager s'est soumis de plein droit aux clauses du Cahier des Charges.

Mais alors, que l'on opte pour la situation réglementaire de l'usager ou pour la situation contractuelle, les

problèmes que pose le contrôle de la légalité des règlements pourront être soulevés, semble-t-il, devant le juge ordinaire saisi d'un litige de pleine juridiction entre le concessionnaire et un usager. Lorsque le concessionnaire excipera des clauses réglementaires de son Cahier des Charges pourquoi l'usager n'aurait-il pas le droit de soulever l'illégalité des clauses dont la validité lui paraît douteuse ? Et pourquoi le juge devrait-il surseoir à statuer et renvoyer le contrôle de cette légalité devant les tribunaux administratifs ? N'a-t-il pas toujours été admis jusqu'à l'arrêt *Septfonds* (qui ne fera d'ailleurs peut-être pas jurisprudence) que le contrôle de la légalité des règlements rentrait dans la compétence du juge ordinaire ?

On voit les conséquences auxquelles l'analyse de la nature du Cahier des Charges aboutit logiquement. Il ne nous paraît pas qu'il y ait lieu de reculer devant elles.

Nous reconnaissons d'ailleurs que la jurisprudence judiciaire n'est pas dans notre sens.

« Si la police d'abonnement passée par un particulier avec le concessionnaire des eaux d'une ville est un contrat de droit commun, dit la Cour suprême (Civ., 30 juillet 1908, D.P., 1908-1-453), le Cahier des Charges intervenu entre la commune et le concessionnaire est, au contraire, un acte d'administration. Dès lors, les tribunaux judiciaires doivent surseoir à statuer quand, pour trancher un débat sur les conditions d'un abonnement né entre le concessionnaire d'un service de distribution d'eaux communales et un abonné, il y a lieu de se référer aux dispositions du Cahier des Charges intervenu entre la commune et le concessionnaire afin d'en apprécier la

légalité ou la portée (Loi des 16-24 août 1790, Titre 2, art. 13) ».

Si l'arrêt *Septfonds* est le point de départ d'une nouvelle jurisprudence et que les tribunaux judiciaires soient, de ce fait, dépouillés du contrôle de la légalité de tous les actes administratifs, l'étude à laquelle nous venons de procéder n'offrira guère qu'un intérêt théorique.

Mais si, au contraire, la jurisprudence conserve au juge civil non seulement l'interprétation mais aussi le contrôle de la légalité des actes administratifs réglementaires, il nous paraît qu'il serait logique d'admettre la compétence du juge ordinaire pour apprécier la validité des clauses réglementaires des Cahiers des Charges. Son opération se ferait en deux temps : 1° La clause incriminée est-elle d'ordre réglementaire ? Cette difficulté est assez mince. On est fixé aujourd'hui sur le caractère contractuel des clauses financières du Cahier des Charges et sur le caractère réglementaire de celles qui sont relatives à l'organisation et au fonctionnement du service public (V. conclusions de M. Tardieu sous C.E., 6 décembre 1907, D.P., 1909-3-59). (V. aussi l'analyse de M. Ch. Blaevoet sous D.P., 1935-1-33, 2^e colonne) ; 2° Ce premier point tranché, le juge n'aurait plus qu'à remplir sa mission naturelle, la comparaison de la clause avec la règle supérieure : la loi.

Nous avons laissé de côté au début de cette étude, les contrats de travaux publics. Aucune difficulté ne se présente pour eux. L'entrepreneur de travaux publics est certes, soumis comme le concessionnaire d'un service public à un Cahier des Charges. Mais personne n'a jamais soutenu qu'il fut dans une situation contractuelle vis-à-vis des usagers du domaine public. L'usager

a certains droits sur le domaine public. Les clauses du Cahier des Charges qui violeront ces droits ont à son égard le caractère de décisions exécutoires. Il ne pourra les attaquer que par le recours en excès de pouvoir ou par une action en responsabilité. Toutes les deux doivent être portées devant la juridiction administrative. Le problème de l'exception d'illégalité ne se pose donc pas.

Nous avons été conduits à admettre le droit du juge ordinaire de contrôler la légalité des clauses réglementaires des Cahiers des Charges des concessions de services publics. Nous sommes ainsi amenés à l'étude de l'exception d'illégalité dans le vaste domaine des actes administratifs unilatéraux.

4. *Les actes administratifs unilatéraux :*

Le droit de contrôle de la légalité *par le juge ordinaire* repose sur la répartition classique des actes administratifs en actes réglementaires et en actes individuels.

Cette distinction ne résulte d'aucun texte. Sous la Révolution, la définition des actes administratifs donnée par l'arrêté du 2 germinal an V précité était admise rigoureusement et, si prohibition était faite aux tribunaux judiciaires de s'immiscer dans toute opération administrative en forme de contrat, à plus forte raison leur était-il strictement interdit de connaître des actes unilatéraux par lesquels se manifeste dans toute sa plénitude l'exercice de la puissance publique.

Ce n'est pas, semble-t-il, sous le régime autocratique du Premier Empire que cette rigoureuse interprétation de la séparation des pouvoirs aurait dû subir ses premières atteintes et le fait est que, jusqu'en 1810, la Cour de cassation refusa constamment au juge toute compétence en matière d'appréciation de la légalité des actes

administratifs, qu'ils émanassent de l'Empereur, des préfets ou des maires. Elle tenait à éviter les reproches adressés aux anciens Parlements dont le souvenir était encore trop vivace. De plus, pour les actes de l'Empereur, le Sénat conservateur avait été chargé par la Constitution du 22 frimaire an VIII, d'en contrôler la légalité, ce qui excluait ce même pouvoir pour les juges ordinaires.

C'est en 1810 seulement que fut admis pour la première fois l'exercice de l'exception d'illégalité devant les tribunaux judiciaires et encore son champ d'application fut-il d'abord restreint au contentieux de la répression des contraventions aux règlements émanés des préfets et des maires.

Comment la Cour suprême fut-elle amenée à abandonner son intransigeance primitive ?¹.

Rappelons en quelques mots que l'art. 233 *in fine* de la Constitution de l'an III avait retiré aux officiers municipaux la répression des infractions aux arrêtés de police municipale et l'avait confiée aux juges de paix, simplement compétents jusqu'alors en matière de police ordinaire.

Comme il arrive fréquemment dans les périodes de grands bouleversements, des municipalités édictèrent des arrêtés empreints du plus pur sectarisme et complètement entachés d'illégalité. C'est le très grand honneur de quelques-uns de ces modestes magistrats qu'étaient alors les juges de paix d'avoir tenté de mettre un frein à ces excès en refusant de les sanctionner par des peines, au nom du principe de la légalité. D'autres, au contraire,

1. A. Mestre, « Recherches sur l'exception d'illégalité », *Mélanges Hauriou*, p. 574 et suiv.

se dénièrent toute compétence pour apprécier la légalité des arrêtés municipaux, obligeant les plaideurs condamnés à demander à la Cour suprême de casser leurs jugements.

Mais celle-ci, s'appuyant d'abord sur une seule base : l'existence des arrêtés et leur non abrogation par l'autorité supérieure, rejeta pendant longtemps tous les pourvois fondés sur l'illégalité des arrêtés de police. Elle poussait même à l'extrême les conséquences de cette théorie. « Attendu, dit-elle dans un arrêt du 22 vendémiaire an VII, qu'encore que cet arrêté *paraisse contraire à la loi*, les arrêtés pris par les corps administratifs ont force de loi et ne peuvent être réformés par les tribunaux judiciaires ; que ce droit n'appartient qu'aux autorités supérieures administratives... ».

Mais la Cour ne s'obstina pas dans cette interprétation formaliste de la séparation des pouvoirs ; le principe de la légalité devait peu à peu reprendre le dessus et le retour à une doctrine plus fine et plus juridique s'effectua insensiblement jusqu'aux fameux arrêts des 10 et 17 juillet et 3 août 1810 (S., 1^{er} série, t. III, p. 224). (Sur l'évolution de cette jurisprudence, V. Mestre, *op. cit.*, p. 575 et suiv.).

C'est au Procureur Général Merlin et au Premier Président Henrion du Pansey qu'est dû le corps de doctrine précis auquel on aboutit en 1810 et qui, jusqu'à l'arrêt du 16 juin 1923 a été la pierre angulaire de toute la jurisprudence ultérieure.

L'apaisement religieux avait succédé à la vague d'anticléricalisme des premières années de la Révolution, le Concordat venait d'être signé et, comme il arrive parfois dans de pareilles circonstances, aux excès qui avaient

été commis dans un sens venaient s'ajouter des excès en sens contraire qui se traduisirent à La Rochelle, par un arrêté municipal prescrivant le repos dominical. Quatorze infractions à cet arrêté furent sanctionnées par des peines de simple police. Le 3 août 1810 la Cour cassa les quatorze jugements conformément au réquisitoire de son Procureur Général.

Ce réquisitoire repose sur la distinction fondamentale des actes administratifs individuels et des règlements.

Le règlement, c'est toute règle de droit générale, impersonnelle, susceptible de s'appliquer à un nombre déterminé de cas.

L'acte individuel, au contraire, vise un particulier, un cas déterminé auquel il limite son effet. Les nominations aux emplois administratifs, les révocations, les autorisations sont des exemples d'actes individuels.

Partant de cette distinction Merlin propose à la Cour d'adopter la solution suivante :

S'agit-il d'un acte individuel ? « Les tribunaux, alors même qu'ils reconnaissent que le préfet ou le maire a prononcé incompétemment ou empiété sur leurs pouvoirs, doivent s'abstenir de connaître de la question et attendre que l'autorité supérieure ait, en cassant cette décision illégale, fait rentrer la contestation dans la ligne juridique ».

S'agit-il d'un règlement ? « Les tribunaux ne doivent et ne peuvent avoir égard à l'arrêté qu'autant qu'il est conforme à la loi. Les juges doivent se refuser à punir comme délit un fait que la loi ne répute point tel et qui n'en tient le caractère que d'un arrêté du maire ou du préfet... ».

Pour justifier juridiquement cette solution et arriver

à une conciliation du principe de la séparation des pouvoirs et de celui de la prééminence de la loi, Merlin examine l'importance du *trouble* que peut causer à l'opération administrative la décision de relaxe fondée sur l'illégalité de l'acte. Il est évident que si cette décision s'applique à un acte individuel, cet acte quoique subsistant en la forme, est complètement annihilé dans ses effets ; l'opération administrative subit le maximum de trouble.

Au contraire, si le juge refuse de sanctionner une infraction à un règlement illégal, sa décision ne vaudra qu'à l'égard de l'individu relaxé, le règlement subsistera et pourra s'appliquer à d'autres personnes. Le juge n'aura pas neutralisé l'acte, l'opération administrative aura subi un trouble insignifiant qui ne constituera pas une violation du principe de la séparation des pouvoirs alors que le juge, en écartant le règlement pour cause d'illégalité, aura statué sur sa propre compétence et respecté le principe de la prééminence de la loi.

L'arrêté du maire de La Rochelle était-il légal ? Non, conclut Merlin, car il n'a pas été pris « en exécution de l'un des six points qui font l'objet de la loi des 16-24 août 1790 ». Aucun texte légal n'interdisant de travailler le dimanche, l'arrêté du maire est illégal et les jugements attaqués, manquant de base légale, doivent être cassés.

(Remarquons qu'à cette époque les pouvoirs de police municipale étaient enfermés dans des limites étroites par l'art. 50, *in fine*, du décret du 14 décembre 1789 et l'art. 3 du titre XI de la loi des 16-24 août 1790, alors que la formule de l'art. 97 de la loi du 5 avril 1884 est infiniment plus extensive).

Voilà l'origine, toute prétorienne, de l'exception

d'illégalité. Son champ d'application était d'ailleurs fort restreint à cette époque. D'une part, on ne l'admettait qu'en matière répressive et, d'autre part lui échappaient tous les règlements pris par le Gouvernement central et tous les actes individuels, de quelque autorité qu'ils émanassent.

Sous la Restauration cette jurisprudence se consolida et prit une nouvelle extension. L'établissement d'un régime modéré, la disparition du Sénat conservateur et du contrôle qu'il exerçait sur la constitutionnalité des actes du Pouvoir Central permirent aux tribunaux de s'arroger le droit d'apprécier la légalité des règlements émanés de n'importe quel échelon de la hiérarchie administrative, même en matière non répressive. Cet élargissement de leur compétence fut aussi facilité par le prestige particulier qu'avait repris le pouvoir judiciaire par suite du discrédit dans lequel était tombé le Conseil d'Etat. Le Haut Conseil ne relevait plus, en effet, de la Constitution mais était soumis au régime bien connu des ordonnances royales. Chaque année une ordonnance arrêtait la liste du personnel du Conseil d'Etat. Il était aisé, dans ces conditions au Pouvoir Central, de révoquer implicitement un conseiller qui avait cessé de plaire, en l'omettant sur cette liste.

Il est impossible d'entrer dans le détail de cette abondante jurisprudence (V. Artur, *Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions*, p. 368 et suiv.). Bornons-nous à citer quelques arrêts particulièrement typiques qu'il est d'usage d'indiquer dans les études sur l'exception d'illégalité tellement leurs termes sont caractéristiques de l'évolution des idées à cette époque.

Le célèbre jugement du 31 juillet 1830 (S., 30-2-223)

du Tribunal de commerce de la Seine déclare illégale l'ordonnance royale du 25 juillet 1830 sur la presse et dénie aux citoyens le droit de s'en prévaloir pour se soustraire à l'exécution de leurs engagements. L'ordonnance du 25 juillet, contrairement à la loi de 1828, entendait soumettre les journaux à l'autorisation administrative. MM. de la Pelouze et Chatelain, gérants du *Courrier*, voulurent continuer la publication de leur journal sans se soumettre à cette obligation mais leur imprimeur, le sieur Gautier Laguionie prétendit que le traité qui l'obligeait précédemment à leur égard cessait d'être obligatoire puisqu'il ne pouvait l'exécuter sans s'exposer aux peines prévues par l'ordonnance. Le Tribunal refusa de suivre ce raisonnement « considérant que cette ordonnance, contraire à la Charte, ne saurait être obligatoire, ni pour la personne sacrée et inviolable du Roi ni pour les citoyens aux droits desquels elle porte atteinte ; considérant, au surplus, qu'aux termes mêmes de la Charte, les ordonnances ne peuvent être faites que pour l'exécution et la conservation des lois et que l'ordonnance précitée aurait, au contraire, pour effet la violation de la loi du 29 juillet 1828 ».

Des ordonnances royales ayant modifié les droits légaux des avoués furent rejetées par les tribunaux comme entachées d'illégalité. Une décision du 15 janvier 1829, de la Cour de Nancy précise remarquablement, à cette occasion, la théorie alors admise sur l'exception d'illégalité. « Considérant qu'avant d'aborder ce point important de la cause, il faut examiner si les tribunaux ont le pouvoir de refuser d'appliquer aux espèces qu'ils ont à juger les ordonnances émanées du pouvoir royal ; considérant que depuis la promulgation de la Charte,

il est de principe absolu que les ordonnances du Roi, qui sont toutes rendues sous la responsabilité de ses ministres, ne peuvent pas annuler les lois ni déroger à leurs dispositions ; qu'elles doivent, au contraire, en assurer l'exécution dans les limites du pouvoir réglementaire. Considérant que les tribunaux, institués par le Roi pour rendre la justice selon les lois du royaume, sont spécialement chargés d'en faire l'application à tous les cas particuliers soumis à leur juridiction ; que cette application ne pourrait pas se faire ou serait tout à fait illusoire s'il était vrai qu'en présence des principes ci-dessus proclamés, et textuellement insérés dans l'art. 14 de la Charte, ils dussent aveuglément appliquer comme lois des ordonnances qui y seraient diamétralement contraires ou qui auraient illégalement prononcé l'abrogation d'une loi ; qu'il suffit enfin pour reconnaître l'erreur d'une pareille doctrine, de poser un exemple et de se demander ce que les tribunaux devraient faire si, contrairement à l'art. 14 du Code pénal, une ordonnance était rendue sans le concours des trois pouvoirs, pour modifier les peines correctionnelles ou criminelles ou pour en prononcer de nouvelles ; que vainement donc on cherche à opposer qu'il existe des lois, notamment celle du 16 fructidor an III qui interdisent aux tribunaux de connaître des actes d'administration et d'en empêcher l'exécution ; qu'en effet, sans examiner si cette loi antérieure à la Charte, n'a pas dû depuis éprouver sous quelque point de vue, des modifications, il faut reconnaître que les limites des pouvoirs administratif et judiciaire ne peuvent être franchies en ce sens que lorsque l'administration n'a pas besoin du concours des tribunaux pour faire exécuter ses règlements et ordon-

nances, ceux-ci ne peuvent s'immiscer en rien dans cette exécution ni en examiner la légalité, mais que, lorsqu'on vient, devant eux, en demander l'application à telle ou telle espèce de litige, comme on vient de prouver qu'il est dans leurs attributions de faire l'application des lois et que la Charte est la première de toutes, ils pourraient évidemment refuser de prendre pour base de leurs décisions ou arrêts des actes administratifs ou des ordonnances si, étant contraires aux lois, elles avaient été rendues hors du pouvoir réglementaire... » (V. également les arrêts des 4 décembre 1827, 11 février 1836, 8 janvier 1834, de la Cour de cassation, cités dans Mestre, *op. cit.*, p. 584 et suiv.).

Il n'est guère de domaines où cette jurisprudence n'ait pénétré. Elle reçut une consécration solennelle, tout au moins en ce qui concerne les actes émanés du Pouvoir Central, dans l'art. 13 de la Charte de 1830 qui édicte que « Le Roi fait les règlements et ordonnances nécessaires pour la sûreté de l'Etat sans pouvoir jamais ni suspendre les lois elles-mêmes, ni dispenser de leur exécution ».

Mais l'application la plus éclatante qui en ait été faite par le législateur réside dans l'addition, lors de la réforme du Code pénal, du fameux numéro 15 à l'art. 471 du Code pénal.

L'étude des travaux préparatoires de la loi de 1832 montre combien cette jurisprudence était entrée dans les mœurs à cette époque. Personne, parmi les rapporteurs du projet de réforme ou parmi les membres des Chambres législatives ne se rendit compte du grave problème juridique que ces simples mots « légalement faits » effleuraient.

Comme sous la Restauration, la jurisprudence de la

Monarchie de Juillet ne restreignit pas l'exception d'illégalité aux limites de l'art. 471 n° 15 du Code pénal, mais elle affirma la compétence du juge ordinaire pour examiner, sur exception, la légalité des règlements administratifs, aussi bien en matière répressive qu'en matière civile ou commerciale (V. par exemple, l'arrêt du 13 avril 1844, S., 1844-1-664, par lequel la Cour de cassation refuse d'appliquer une ordonnance royale établissant une servitude non prévue par la loi).

Bien plus, la jurisprudence étendit même, à un moment donné, le champ d'application de l'exception d'illégalité, en toutes matières, aux actes administratifs individuels. Puisque les tribunaux doivent juger conformément à la loi, pensait-on, pourquoi restreindre ce devoir, pour les actes individuels, au domaine répressif ? Nous trouvons encore des arrêts en ce sens après la chute du Second Empire et jusqu'à la fin du xix^e siècle.

Ainsi, par arrêt du 24 mars 1874 (S., 1876-1-372), la Cour suprême se reconnaît le droit d'apprécier la légalité d'un arrêté préfectoral imposant à un concessionnaire de mine certaines conditions d'exploitation autres que celles prévues par la loi. « Attendu que le droit résultant de la concession d'une mine étant un droit de propriété dont l'exercice ne peut être soumis qu'aux conditions établies par la loi conformément à ses dispositions, les tribunaux civils étaient compétents pour rechercher si l'arrêté préfectoral invoqué par Mejasson et présenté comme le fondement de l'action intentée par lui était légal et obligatoire ».

Egalement elle admit l'exception d'illégalité dans une action possessoire contre un arrêté de police municipale qui avait ordonné de combler une mare dangereuse

pour la sécurité, arrêté qui, dans sa pensée, avait violé le droit de propriété privée parce que d'autres moyens moins onéreux et aussi efficaces pouvaient être employés. « Attendu que l'arrêté n'était donc pas légal et obligatoire que, cela étant, l'autorité judiciaire qui aurait été compétente pour en déclarer et reconnaître l'illégalité si les défendeurs éventuels y avaient contrevenu et qu'on fût venu lui en demander la sanction pénale, ne l'était pas moins sur l'action possessoire, après qu'ils y avaient obéi, pour rendre la même décision » (Cass., 11 décembre 1876, S., 1877-1-113 avec les conclusions conformes de l'Avocat Général Reverchon). V. aussi Cass. civ., 24 juin 1890, S., 1891-1-540).

Mais nous assistons ensuite à un repli de cette jurisprudence qui, revenant à la théorie construite par Merlin dans son réquisitoire de 1810, estima qu'admettre en matière non répressive l'exception d'illégalité contre les actes administratifs individuels serait empiéter sur la fonction administrative et violer le principe de la séparation des pouvoirs.

« Attendu, déclare la Cour de cassation dans son arrêt du 24 octobre 1917 (Aff. *Guillon*, S., 19-1-194), que les règlements d'administration publique du 31 mai 1862 et du 8 août 1878 ne constituent pas des actes administratifs spéciaux et individuels *dont l'interprétation échappe à la compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire*, mais des dispositions générales rendues en vertu du pouvoir réglementaire de l'administration, qui participent ainsi du caractère de la loi ; qu'il appartient dès lors à l'autorité judiciaire, non seulement d'en faire l'application quand leurs dispositions sont claires et précises, mais encore d'en apprécier la légalité et d'en interpréter le

sens lorsque cette interprétation est nécessaire pour la solution du litige dont elle a été saisie ... ».

(V. aussi Cass. req., 10 janvier 1921 (D., 1921-1-49), et Cass. civ., 9 novembre 1921, S., 1922-1-241).

Dans son arrêt *Tabary*, du 10 mai 1924 (D.H., 10 juillet 1924, p. 496), le Tribunal des Conflits avait appuyé cette thèse. Il s'agissait, dans ce litige, d'une occupation temporaire de terrains appartenant à un particulier, occupation qu'un arrêté préfectoral avait approuvée. Le propriétaire ayant porté devant le tribunal civil d'Arras une demande tendant à la cessation de l'occupation et à la condamnation de l'administration à des dommages-intérêts, le tribunal avait cru devoir retenir l'appréciation de la légalité de l'arrêté. Le préfet ayant élevé le conflit, le Tribunal des Conflits affirma l'incompétence du juge ordinaire en s'appuyant sur des motifs identiques à ceux qui ressortent des arrêts précédemment examinés.

Cet arrêt ne faisait, en somme, que confirmer une jurisprudence qui semblait définitivement assise et qui, malgré d'importantes restrictions en matière non répressive, accordait au juge d'assez larges pouvoirs pour contrôler la validité des actes administratifs.

Cette construction théorique reposait-elle sur des bases bien solides ? Le retentissant arrêt *Septfonds*, qui est venu tout remettre en question, permet d'en douter.

Mais si cette jurisprudence n'était pas à l'abri de tout reproche, l'arrêt du 16 juin 1923 mérite des critiques encore bien plus graves ainsi que nous nous efforcerons de le démontrer dans les développements qui vont suivre.

Nous étudierons dans un chapitre à part le domaine

répressif qui est resté en dehors de l'arrêt *Septfonds* et qui, même avant cette décision, comportait des particularités qu'on ne trouvait pas en matière civile ou commerciale. Si la matière pénale est celle où le principe de la légalité a été le mieux respecté tout n'y est pas parfait non plus, comme nous le verrons.

Mais il convient d'abord d'examiner succinctement les actes qui, quoique émanés du pouvoir exécutif, sont « hors du droit »¹ et échappent de ce fait à tout recours juridictionnel. Il est évident que le juge ordinaire, pas plus que le juge administratif, ne pourra contrôler leur validité et qu'il devra les appliquer, même s'ils lèsent gravement les libertés individuelles.

1. Hauriou, *Précis de droit administratif*, 10^e édit., p. 436.

CHAPITRE II

LES ACTES DU POUVOIR EXECUTIF SOUSTRAITS AU CONTROLE DE LA LEGALITE

Les tribunaux de l'ordre judiciaire et administratif se refusent à contrôler la légalité d'un certain nombre d'actes émanés du pouvoir exécutif. Cette attitude constituerait-elle une exception au principe de la légalité ? Disons de suite qu'il n'en est rien et que les actes en question échappent à l'appréciation des tribunaux, non pas parce qu'ils constituent une catégorie à part parmi les actes administratifs, mais tout simplement parce qu'ils ne présentent pas le caractère administratif. Ou bien, en effet, ce sont de véritables actes législatifs ou bien ils rentrent dans une espèce particulière d'actes, les actes gouvernementaux. La doctrine est d'ailleurs loin d'atteindre l'unanimité sur ce dernier point.

A. Les actes qui présentent le caractère législatif :

On les groupe sous le nom de décrets-lois. Ils ont été édictés à des époques de trouble soit qu'une révolution eût éclaté soit qu'un coup d'Etat eût été accompli. A ces époques, le principe de la séparation des pouvoirs

législatif et exécutif est laissé de côté et tous les attributs de la souveraineté sont réunis dans la main d'un seul homme ou d'une seule Assemblée.

La période révolutionnaire a été particulièrement fertile en pareils actes. Tels sont :

a) *Les décrets de la Convention* passés dans la simple forme du passé à l'ordre du jour et publiés de la manière prescrite par la loi à cette époque (Voir Civ., 15 germinal an XI, Merlin, *Questions de droit*, V. « Mariage », § 4);

b) *Les arrêtés des comités de la Convention* intervenus pour faire exécuter les lois;

c) *Les arrêtés des représentants du peuple en mission* antérieurs au 4 brumaire an IV (date de la disparition de la Convention). Ces arrêtés avaient force de loi provisoire pendant le délai de 6 mois qui était accordé aux personnes qu'ils avaient lésées pour en demander la réformation au Corps législatif. Passé ce délai ils acquiesçaient définitivement la force légale;

d) En Corse, les arrêtés et règlements pris par le Conseiller d'Etat, administrateur général de la Corse en vertu des pleins pouvoirs qui lui ont été confiés par la loi du 22 février an IX sont restés en vigueur sur les points où ils n'ont pas été abrogés (Cr., 23 janvier 1875, D., 1876-1-331). Tel est le cas pour les fameux arrêtés *Miot* qui régissent encore l'île de nos jours.

Sous le Premier Empire, Napoléon a rendu de nombreux décrets sur des matières qui étaient normalement de la compétence législative. La jurisprudence de la Cour de cassation est fixée en ce sens que tous ceux de ces décrets qui n'ont pas été annulés comme inconstitutionnels par le Sénat conservateur ont été tacitement

approuvés par ce dernier et qu'ils ont force de loi lorsqu'ils ont été légalement publiés au *Bulletin des lois* avant la Charte de 1814. Tels sont, par exemple, le décret du 29 pluviôse an XIII, sur la détention d'armes et poudres de guerre, le décret du 15 novembre 1811, sur le régime de l'Université, le décret du 22 novembre 1811 qui trace la démarcation entre les fonctions des commissaires-priseurs et celles des courtiers.

La force légale est également reconnue aux actes du Gouvernement impérial promulgués sous le nom d'avis du Conseil d'Etat, interprétatifs des lois (Civ., 22 mars 1806), même s'ils ont introduit des dispositions nouvelles, à condition évidemment qu'ils aient été insérés au *Bulletin des lois* (Cr., 4 février 1910, D., 1911-1-17).

De même les décrets rendus par le Prince Président Louis Napoléon entre le 2 décembre 1851, date de son coup d'Etat et le 29 mars 1852, ont force de loi. Ils ont été purgés du vice d'inconstitutionnalité par l'art. 58 de la Constitution du 14 janvier 1852 (Bordeaux, 9 décembre 1891, D., 1893-1-460).

Enfin, les décrets pris par le Gouvernement de la Défense Nationale entre le 4 septembre 1870 et le 12 février 1871 ont la valeur de textes législatifs. L'Assemblée Nationale avait ordonné la revision des décrets législatifs autres que ceux rendus dans l'intérêt de la défense nationale; elle chargea ensuite une commission d'examiner tous les décrets sans distinction (Résolution du 23 juin 1871). Le rapport de cette commission ne fut jamais discuté.

Tels sont les importants décrets du 5 novembre 1870 sur la promulgation des lois et des 19-21 septembre 1870 supprimant la garantie administrative.

Pour être réguliers, ces décrets devaient émaner du Conseil formé par le Gouvernement. La présence et la signature d'un certain nombre de membres étaient nécessaires (D'abord 7, décret du 4 octobre 1870, puis 6, décret du 12 décembre suivant, puis 3 seulement, décret du 4 février 1871).

Le pouvoir législatif n'a pas été reconnu aux commissaires extraordinaires du Gouvernement de la Défense Nationale.

Pour deux catégories de règlements, les règlements d'administration publique et les décrets du Président de la République portant législation aux colonies, il a été admis pendant longtemps que de tels actes présentaient aussi le caractère législatif. Nous verrons ultérieurement que la jurisprudence a abandonné cette solution.

*B. Les actes qui présentent le caractère gouvernemental*¹:

Ces actes sont soustraits à tout recours juridictionnel. L'individu lésé ne peut les attaquer que par la voie du recours gracieux ou hiérarchique, par la voie de la pétition ou la mise en jeu de la responsabilité du Ministre qui en est l'auteur.

Ces actes ne rentrent pas dans la catégorie de ceux que l'administration prend en vertu de son pouvoir

1. La théorie des actes de gouvernement ne rentre qu'exceptionnellement dans le cadre du contrôle de la légalité par les tribunaux judiciaires. Lorsque la légalité d'un de ces actes est contestée devant le juge ordinaire soit par voie d'action directe, soit par la voie détournée de l'action en responsabilité, le juge se borne à invoquer le principe de la séparation des pouvoirs pour se déclarer incompétent. C'est au juge administratif qu'il appartient alors d'examiner si l'acte est gouvernemental ou administratif.

Mais le juge ordinaire peut être amené à examiner le caractère gouvernemental des actes qu'on lui demande d'interpréter pour la solution d'un litige de droit privé, ou dont on conteste la légalité par voie d'exception.

discrétionnaire. Ces derniers sont des actes administratifs ; le juge ne se refuse pas *de plano* à en examiner la légalité car tous les actes administratifs sont plus ou moins soumis à la compétence liée (V. *infra* la jurisprudence judiciaire sur l'opportunité des règlements de police). Admettrait-on, par exemple, que l'un d'eux pût être édicté par une autorité incompétente ? La vieille catégorie des actes discrétionnaires, si voisins des actes de gouvernement, a disparu de notre droit. Tout acte administratif est soumis à la légalité ; il peut être attaqué par la voie du recours pour excès de pouvoir, il peut donner lieu à l'exception d'illégalité, il peut enfin ouvrir un recours en responsabilité au profit de l'administré.

Mais tout acte administratif comporte des éléments discrétionnaires plus ou moins larges, parfois même si larges que, pendant longtemps, on a pu hésiter entre le caractère administratif et le caractère gouvernemental (Tel est le cas des arrêtés d'expulsion des étrangers).

C'est à l'élément discrétionnaire que se termine le rôle du juge car « Le pouvoir discrétionnaire est exclusif de toute idée de légalité et si, le rôle du juge se borne à être celui d'un gardien de la légalité, le contrôle du pouvoir discrétionnaire lui échappe tout naturellement. Le juge pourra bien être appelé à dire où finit la légalité, où commence le pouvoir discrétionnaire, mais il n'aura aucun droit de regard sur celui-ci. En contrôlant l'exercice du pouvoir discrétionnaire, il sortirait d'une mission qui dérive de la nature des choses et se transformerait en supérieur hiérarchique de l'administration » (Duez, *Les actes de gouvernement*, p. 195).

Au contraire, en matière d'actes de gouvernement, le

juge ne cherche même pas à savoir où commence la légalité et où commence l'opportunité. Dès qu'il a déterminé le caractère gouvernemental de l'acte, il se refuse à entrer dans le contrôle de la légalité et déclare l'action irrecevable, *de par la nature de l'acte*.

Les actes de gouvernement constituent une grave entorse au principe de la légalité et font courir des risques sérieux à la liberté individuelle. Aussi une grande partie de la doctrine leur est-elle défavorable.

Certains auteurs ont même voulu nier l'existence des actes gouvernementaux dans notre droit positif et leur consécration par la Jurisprudence (V. Brémond, « Les actes de gouvernement », *Revue du droit public*, 1896, t. I, p. 23 ; Michoud, « Des actes de gouvernement », *Annales de l'enseignement supérieur de Grenoble*, 1899, t. I, n° 2 ; Berthélémy, *Traité élémentaire de droit administratif*, 12^e édition, p. 131). Cette théorie, qu'il est impossible d'examiner ici, a été réfutée par Hauriou (*Précis de droit administratif*, 10^e édition, p. 435, note 1), M. Jacquelin, (*Principe du contentieux administratif*) et M. le doyen Duez (*Les actes de gouvernement*, 1935, p. 35 et suiv.).

En fait une imposante jurisprudence, principalement du Conseil d'Etat (V. la note d'introduction à l'étude des *actes de gouvernement*) admet l'existence des actes de gouvernement. Les formules sont particulièrement nettes et tranchantes.

« Considérant que les questions que soulève le présent pourvoi... ne sont pas de nature à être portées devant la juridiction contentieuse ».

Mais, par contre, le critérium par lequel la jurisprudence détermine le caractère gouvernemental de certains

actes est extrêmement vague et plastique. Les auteurs qui admettent l'existence des actes de gouvernement sont eux-mêmes fort divisés à ce sujet (V. un résumé de quelques théories dans Duez, *op. cit.*, p. 32 et suiv.).

Pendant longtemps, le Conseil d'Etat caractérisa l'acte de gouvernement par son mobile politique. C'est surtout à l'égard des membres des dynasties déchues que cette théorie reçut son application (V. C. E., 1^{er} mars 1822, *Lafitte* ; 22 mai 1844, *Prince Louis Napoléon* ; 9 mai 1867, *Duc d'Aumale*). Une telle jurisprudence était fort dangereuse pour les libertés publiques. Ainsi que l'écrit Hauriou (*op. cit.*, p. 433, note 1), si le Conseil d'Etat « voyait avec une grande justesse que la fonction gouvernementale est essentiellement politique, il suivait une pente inquiétante ».

Les arrêts du 19 février 1875 (*Prince Napoléon*) et du 20 mai 1887 (*Duc d'Aumale et Prince Joachim Murat*) marquent l'abandon de ce critérium.

M. le doyen Duez (*op. cit.*, p. 78 à 86) a condensé les décisions jurisprudentielles autour de trois pôles qui, selon lui, expliquent la « politique » des tribunaux français.

Premier pôle : Crainte du juge d'entrer en conflit avec les Chambres. S'y rattachent les actes relatifs aux rapports du Gouvernement avec les Chambres (Dissolution, action sur les sessions des Chambres, contentieux des élections des députés et des sénateurs, initiative législative, promulgation) et le décret déclaratif d'état de siège en temps de paix (qu'il faut distinguer de ses mesures d'exécution que la jurisprudence a classées dans le domaine administratif).

Deuxième pôle : Crainte du juge de susciter au Gouvernement des difficultés internationales autour duquel gravitent, la négociation, la ratification, la dénonciation et l'interprétation par le service diplomatique des traités internationaux, la protection diplomatique des Français à l'encontre des Etats étrangers et de leurs nationaux, toutes mesures d'exécution des traités tournées vers l'ordre international, les mesures de police prises spécialement contre les étrangers au cours d'une guerre nationale, toutes les questions impliquant, pour leur solution contentieuse, l'examen de problèmes relatifs à la souveraineté internationale, les faits de guerre, lorsque le requérant est un étranger qui ne peut pas invoquer un traité conclu entre l'Etat dont il ressortit et l'Etat français.

Troisième pôle : Tradition qui assure, en fait, au Gouvernement une très grande liberté en certaines matières. S'explique ainsi le caractère gouvernemental des décrets de grâce, des mesures d'exécution des traités internationaux tournées vers l'ordre intérieur, des faits de guerre dont sont victimes les Français.

Pour M. Duez, l'acte de gouvernement « simple recette d'art politique » est une création jurisprudentielle qui échappe à l'analyse juridique et ne peut résulter que d'une énumération empirique.

Pour Hauriou également « L'acte de gouvernement est celui qui figure dans une certaine énumération d'actes politiques dressés par la jurisprudence administrative, sous l'autorité du Tribunal des Conflits » (*op. cit.*, p. 433). Mais, pour le savant auteur, il existe réellement une fonction gouvernementale distincte de la fonction administrative. « La fonction administrative consiste à faire

les affaires courantes du public, la fonction gouvernementale consiste à solutionner les affaires exceptionnelles qui intéressent l'unité politique et à veiller aux grands intérêts nationaux » (*op. cit.*, p. 19 et 432). Mais n'est-ce pas résoudre la question par la question et ouvrir la porte à l'arbitraire lorsqu'il s'agira, pour un tribunal, de déterminer si un acte déterminé ressort de la fonction gouvernementale ou de la fonction administrative ?

Entre les théories qui nient l'acte de gouvernement ou, tout au moins, en demandent la disparition et celles qui penchent pour son maintien, il nous paraît qu'un moyen terme s'impose. Mais il importe de diviser la question qui comporte, en effet, des solutions fort différentes suivant que l'on se place dans le cadre national ou dans le cadre international.

Dans l'ordre interne, il est impossible de concevoir et de définir clairement l'acte de gouvernement ¹. Aucun acte du pouvoir exécutif n'échappe, en réalité, au principe de la légalité, car le pouvoir exécutif ne tient sa compétence que de la Constitution qui lui impose également l'observance de certaines formes. Or la Constitution est une loi. Croit-on que le juge se croirait lié par l'arrêté d'un maire établissant l'état de siège dans sa commune ? Le Conseil d'Etat refuserait-il de proclamer l'illégalité d'un arrêté préfectoral gracieux un condamné ? Certainement non. Le principe de la légalité, quoi qu'on dise, imprègne tout notre Droit. Mais cette pénétration dans toutes les fibres de notre système juridique national est plus ou moins profonde suivant l'étendue du pouvoir discrétionnaire du pouvoir exécutif ². C'est là, à notre

1. V. Duez, *op. cit.*, p. 186 et suiv.

2. V. sur le pouvoir discrétionnaire, *infra*, l'étude de la jurisprudence judiciaire sur le contrôle de la légalité des arrêtés de police.

avis, et là seulement que réside la différence entre les actes de gouvernement et les actes administratifs. Il ne s'agit que d'une question de degré et non pas d'une question de nature. L'acte administratif comportant le maximum de pouvoir discrétionnaire, telle est la véritable définition de l'acte de gouvernement. Le véritable rôle du juge à l'égard de ces actes, si la définition était admise, ne consisterait plus à rejeter brutalement des requêtes sans même les examiner mais, au contraire à analyser l'acte, à en trier les éléments de l'égalité et ceux d'opportunité pour appliquer son contrôle aux premiers et refuser d'apprécier les seconds. En quoi l'administration aurait-elle les coudées moins franches ? Vu l'importance des actes, un très large pouvoir discrétionnaire lui assurerait une ample liberté de mouvements sans qu'il fût besoin de recourir à la notion — insuffisante — de souveraineté nationale ou à celle — anti-libérale — de fonction gouvernementale.

Et l'on assisterait au spectacle d'une jurisprudence, sans bases solides, obligée de reculer peu à peu devant l'évidente clarté du principe de la légalité et de se donner un démenti éclatant chaque fois qu'elle doit céder une de ses positions.

Ainsi rentreraient dans le cadre administratif tous les actes pris par les pouvoirs publics qui mettent en jeu les libertés publiques, savoir : les actes relatifs aux rapports du Gouvernement avec les Chambres, le décret déclaratif d'état de siège, le décret de grâce, les mesures d'exécution des traités internationaux à l'égard des Français.

Dans l'ordre international interviennent d'autres considérations. C'est qu'à côté et au-dessus du droit national existent des règles de droit international dérivant de la coutume internationale et des traités.

Ces normes internationales, disons-nous, priment le droit interne de l'Etat. Si ce dernier, en effet, est personne de droit international, s'il possède un patrimoine juridique international, il ne viendra jamais à l'idée de quiconque de soutenir qu'un service public de l'Etat ou même un des trois pouvoirs ait la personnalité internationale.

Mais, pour rester en rapports avec les autres membres de la communauté internationale, l'Etat doit se matérialiser en des personnes physiques qui le représentent et auxquelles il délègue le pouvoir de modifier son patrimoine international.

Par la nature des choses le service public constitué par ces représentants de l'Etat appartient au pouvoir exécutif de l'Etat sous l'autorité du Chef de l'Etat. Le pouvoir judiciaire n'est pas fait pour créer des situations juridiques mais pour dire le Droit. Quant au pouvoir législatif, créateur de normes juridiques internes, il n'est pas préparé pour faire face aux multiples obligations du service diplomatique qui exigent avant tout beaucoup de continuité, une grande souplesse, beaucoup de discrétion et une certaine indépendance à l'égard du corps électoral. Aussi lui confie-t-on seulement le contrôle des actes diplomatiques les plus importants pour la Nation (V. art. 8, § 2 de la loi du 16 juillet 1875).

Il n'empêche que tout acte du service diplomatique qui engage l'Etat engage *ipso facto* les trois pouvoirs qui n'en sont que les composantes. Une règle de droit est née qui s'impose *directement* à l'ordre interne sans qu'il soit besoin qu'une opération quelconque, par exemple une promulgation, la transpose dans la législation nationale. Admettre le contraire serait reconnaître

à l'Etat la faculté d'éluder tout ou partie de ses obligations internationales par un simple artifice de procédure interne.

De même, le pouvoir législatif est directement lié par la règle nouvelle. Certes, il garde le pouvoir matériel d'édicter à l'intérieur des frontières, des lois contraires à cette règle mais il commet ainsi un acte contraire au droit et ouvre contre l'Etat la possibilité de sanctions pour manquement à ses obligations internationales.

Enfin, et ceci nous ramène à notre sujet, le pouvoir judiciaire doit veiller strictement, dans l'ordre interne, à la stricte observance de l'obligation internationale de l'Etat.

Quelle sera l'attitude du juge au contrôle duquel un individu soumettra un acte diplomatique, soit pour en faire déclarer l'illégalité, soit pour réclamer des dommages-intérêts à l'Etat ?

Le problème devrait, à notre avis, comporter des solutions différentes, suivant qu'il tourne autour de la coutume internationale ou autour d'un traité.

Lorsque le litige ne met en jeu que la coutume internationale, la théorie des actes de gouvernement nous semble reprendre tout son empire. La coutume internationale s'impose, il est vrai, aux Etats, mais elle évolue sans cesse et cette évolution provient justement des actes unilatéraux ou plurilatéraux des Etats. Une jurisprudence qui s'aviserait à proclamer l'existence d'une règle coutumière et à en préciser les contours aboutirait fatalement à cristalliser cette règle et s'opposerait aux déformations que la pratique politique des Etats tendrait à lui faire subir plus tard. Le juge ferait plus que constater le Droit, il deviendrait un agent

actif dans l'ordonnancement juridique international et sortirait de son rôle juridictionnel.

S'agit-il, au contraire, d'un traité ? La question présente plusieurs faces :

Ou bien l'individu excipera que le traité a été passé par une autorité incompétente. Nous ne voyons pas pourquoi le juge ne pourrait pas exercer son contrôle sur ce point. Il n'examine pas la *validité* de l'acte mais son *existence*. L'Etat ne peut être lié que par ceux qu'il a délégués et cette délégation est autorisée par la Constitution, loi interne à laquelle le juge est subordonné.

Ou bien il reprochera au service diplomatique d'avoir violé les formes imposées pour la confection du traité. Il nous semble que le juge devra s'abstenir d'examiner cette question. En effet, l'observance des formes n'est qu'une règle de droit interne qui n'empêchera pas la liaison de l'Etat à un autre Etat (sauf évidemment si le traité prévoit l'observation de la formalité — par exemple la ratification, ou le vote par les Chambres comme une condition *sine qua non*).

Ou bien enfin, la validité du traité étant reconnue, une de ses clauses paraît ambiguë et l'interprétation en est demandée au tribunal¹.

Aucune difficulté si les Etats signataires en ont donné une interprétation bilatérale. Cette interprétation, précisant l'étendue de l'obligation de l'Etat dont ressortit le juge s'impose à lui.

S'il y a eu simplement interprétation unilatérale de la part de l'Etat auquel appartient le tribunal, il est encore logique de dire (comme le fait notre jurisprudence) que le juge doit s'incliner devant cette interprétation.

1. V. Duez, *op. cit.*, p. 55 et suiv.

D'abord le pouvoir exécutif qui a discuté les clauses du traité est mieux placé que personne pour en connaître l'étendue. De plus cette interprétation est, en réalité, l'affirmation par le pouvoir exécutif à l'encontre de l'Etat étranger du contenu qu'il a entendu donner aux engagements de l'Etat. Le juge ne peut sortir de ces limites sous peine d'empiéter sur la fonction administrative. C'est à l'Etat étranger qui contesterait cette interprétation d'en provoquer une nouvelle, sous forme bilatérale. Enfin, si le juge écartait l'interprétation unilatérale, que devrait-il faire ? Nous sommes ainsi amenés au troisième cas, celui où aucune interprétation du traité n'existe (Duez, *op. cit.*, p. 59 à 62).

Notre jurisprudence judiciaire distingue suivant qu'il s'agit de litiges d'ordre privé ou de litiges d'ordre public. Elle accepte d'interpréter les clauses des traités lorsqu'il y a litige d'ordre privé ; dans le second cas elle se dénie toute compétence.

M. le doyen Duez n'a aucune peine à montrer combien est arbitraire la discrimination à laquelle ont procédé les tribunaux.

Seraient d'ordre public les litiges relatifs aux conséquences internationales des traités, aux immunités consulaires, à l'organisation des protectorats et des concessions internationales, à la protection des nationaux à l'étranger, aux règles de compétence pénale et aux traités d'extradition.

Seraient d'ordre privé, la nationalité des plaideurs, les pouvoirs des consuls, la propriété commerciale, industrielle, littéraire et artistique, les droits privés conférés aux étrangers, la compétence des tribunaux français, les questions de souveraineté territoriale.

Or, il est assez difficile de s'expliquer pourquoi les questions aussi graves pour la souveraineté internationale de la France telles que la souveraineté territoriale, la nationalité et les pouvoirs des consuls sont considérées comme étant d'ordre privé.

De plus, sur quoi le juge va-t-il baser son interprétation ? Sur la loi étrangère ? Il ne lui est pas subordonné. Sur la volonté présumée des deux parties contractantes ? Il l'ignore. Sur la loi française ? C'est ce que fait notre jurisprudence judiciaire (V. Civ., 24 juin 1839 et 11 août 1841 ; *D.R.P.V.* « Traité », n° 156). Mais dans l'état actuel de la communauté internationale, le législateur national ne peut se voir interdire de modifier à sa guise la loi interne, même en violation des engagements internationaux de la France. N'est-il pas illogique, pour interpréter une clause qui, dès son origine, avait un contenu bien déterminé et invariable, de recourir à une source aussi facilement modifiable que la loi interne ? Ne serait-il pas préférable de demander préalablement au service diplomatique de donner une interprétation unilatérale de la clause et de s'y tenir jusqu'à nouvel accord entre les deux Etats ? Tel est le système adopté par le Conseil d'Etat et qui nous paraît le plus juridique.

En ce qui concerne la protection diplomatique des Français à l'encontre des Etats étrangers, il suffit de considérer qu'aucun texte n'impose au service diplomatique d'agir à un moment donné ou suivant certains procédés et la question se ramène alors à celle du pouvoir discrétionnaire du service diplomatique, sans qu'il soit besoin de recourir à la notion d'acte gouvernemental ¹.

1. Pour la même raison un individu ne saurait reprocher à notre service diplomatique d'avoir jugé opportun de passer un traité ou de s'être abstenu. Il ne s'agit là que d'une attitude dérivant d'un très large pouvoir discrétionnaire reconnu au service diplomatique et non pas de la nature de son action.

Il en est de même pour tout ce qui concerne les mesures de police prises spécialement contre les étrangers au cours d'une guerre nationale et les faits de guerre dont sont victimes les Français et les étrangers qui ne peuvent pas invoquer un traité passé entre la France et l'Etat dont ils ressortissent.

Si bien que, finalement, les seuls recours que le juge pourrait écarter au nom du principe de la séparation de la fonction gouvernementale et de la fonction administrative seraient ceux qui tendraient, directement ou indirectement, à lui soumettre la légalité d'actes internationaux fondés sur la coutume internationale et de traités passés par le pouvoir compétent (auxquels il faudrait évidemment rattacher les actes de dénonciation et aussi les mesures d'exécution dans l'ordre international).

Notre jurisprudence n'en est pas encore là et il est douteux qu'elle y parvienne avant longtemps, malgré le repli très marqué qu'elle accuse depuis 1875 et le peu d'inconvénients que ce changement offrirait pour l'action administrative, étant donné le large pouvoir discrétionnaire qui lui serait laissé.

* * *

Un arrêt fort curieux du Tribunal des Conflits (*Vion et fils*, 29 juillet 1916, *Rec.*, p. 338 et S., 1917-3-1) a semblé distinguer une nouvelle catégorie d'actes : les actes du pouvoir administratif en temps de guerre, qui ne seraient, ni des règlements — et échapperaient ainsi au contrôle de la légalité par le juge ordinaire — ni non plus des actes de gouvernement — et pourraient donc être déferés au juge administratif de la légalité.

En vertu de ses pouvoirs sur les réseaux en temps de guerre (loi du 28 décembre 1888 et décret du 8 décembre 1913) le Ministre de la guerre avait pris un arrêté réglementaire pour autoriser la reprise des transports commerciaux sous la réserve expresse qu'aucune responsabilité ni garantie n'en pourrait résulter pour le transporteur. La légalité de cet arrêté fut contestée devant le Tribunal de commerce d'Amiens. En appel le préfet déposa un déclinatoire d'incompétence devant la Cour d'Amiens qui le rejeta. Le préfet prit alors un arrêté de conflit qui fut confirmé par l'arrêt du 29 juillet précité.

Le Tribunal des Conflits déclare que l'arrêté du Ministre de la guerre, quoique ayant une portée générale et impersonnelle n'a « pas le caractère de règlements ; que de tels actes échappent à l'appréciation de l'autorité judiciaire qui ne peut se prononcer sur leur légalité ». Il n'est donc pas possible de voir dans cette décision un précédent à l'arrêt *septfonds* que nous analyserons ultérieurement.

Mais où l'arrêt *Vion et fils* devient absolument injustifiable, c'est lorsque, après avoir dénié au juge ordinaire le droit de contrôler la légalité de cet arrêté parce qu'il « a pour objet, dans les circonstances exceptionnelles résultant de l'état de guerre, de pourvoir aux besoins de la défense nationale » il reconnaît, au contraire, cette même compétence au juge administratif !

De deux choses l'une, en effet. Ou bien l'acte était un règlement administratif et sa légalité pouvait alors être contrôlée par les tribunaux ordinaires. Ou bien c'était un acte gouvernemental dont la légalité échappait au contrôle de n'importe quel juge, administratif ou ordi-

naire parce qu'en réalité il était, par définition « hors du droit ».

S'il est impossible de voir dans l'arrêt *Vion et fils* un précédent juridique à l'arrêt *Septfonds*, il n'importe cependant que cette décision marque bien la tendance sans cesse accrue du Tribunal des Conflits à réduire de plus en plus le droit du juge ordinaire de contrôler la légalité des actes administratifs.

CHAPITRE III

LE CONTROLE DE LA LEGALITE DES ACTES ADMINISTRATIFS EN MATIERE REPRESSIVE

C'est à la Chambre criminelle de la Cour de cassation qu'est dévolu le rôle de fixer souverainement les règles de compétence en matière pénale, le conflit ne pouvant jamais être élevé devant les tribunaux de simple police ni devant les Cours d'assises et n'étant possible, devant les tribunaux correctionnels, que dans les cas expressément prévus par l'art. 2 de l'ordonnance du 1^{er} juin 1828.

La jurisprudence accorde à tous les tribunaux répressifs un large pouvoir de contrôle à l'égard des actes administratifs, qu'ils soient réglementaires ou individuels.

« On peut dire, écrit M. Closset,... que les règles de droit pénal sont d'ordre public et qu'elles ne doivent pas être mises en échec par celles du droit administratif »¹.

À côté de ce principe général de subordination du droit administratif au droit pénal, la Cour suprême s'est également appuyée sur quelques textes pour reconnaître

1. « Le contrôle de la légalité et l'interprétation des règlements par l'autorité judiciaire », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, avril 1924, p. 251.

la compétence du juge répressif. Nous avons déjà cité, au début de cette étude, l'art. 35 de la loi du 9 décembre 1905. Mais le texte le plus important est sans conteste l'art. 471 n° 15 du Code pénal au sujet duquel il convient de dire quelques mots.

« Seront punis d'amende depuis 1 franc jusqu'à 5 francs inclusivement, dit cet article... 15° : Ceux qui auront contrevenu aux règlements *légalement faits* par l'autorité administrative et ceux qui ne se seront pas conformés aux règlements ou arrêtés publiés par l'autorité municipale en vertu des art. 3 et 4, titre 11 de la loi des 16-24 août 1790 et de l'art. 46 de la loi des 19-22 juillet 1791 ».

L'opposition que cet article établit entre l'autorité administrative et l'autorité municipale s'explique par des considérations historiques. C'est une trace de la différence que faisait notre droit révolutionnaire entre ces mêmes autorités. La police municipale était, sous l'empire des lois de 1790 et 1791 précitées, confiée dans chaque commune à un corps municipal. Les infractions aux arrêts de police pris par ce corps municipal étaient réprimées par un tribunal de police municipale composé de trois officiers municipaux, de sorte que le corps municipal cumulait la fonction administrative et la fonction juridictionnelle. Aussi le législateur révolutionnaire avait-il pris soin de donner des limites précises à la compétence de ce corps¹, dans la loi des 16-24 août 1791. Dans ces conditions l'art. 471 n° 15 correspond à la directive qui fut suivie par Merlin et la Cour de cassation, en 1810, pour apprécier la légalité des arrêtés de police municipale et qui consistait à tenir pour légaux les actes pris en dehors des limites fixées par la loi des 16-24 août

1. A. Mestre, *Etude précitée*, p. 572, note 1.

1790 tandis que l'illégalité des règlements de police émanés du Pouvoir Central et des préfets résultait d'une contradiction avec un texte législatif.

Mais cette distinction entre les autorités administrative et municipale n'a plus de raison d'être de nos jours. D'une part, en effet, la fonction juridictionnelle a été rapidement retirée aux corps municipaux pour être confiée aux juges de paix. D'autre part, les attributions de police municipale ont été considérablement élargies, et, dans les seules limites du maintien de l'ordre public, ont actuellement un champ d'application à peu près illimité depuis la promulgation de la loi de 1884.

Ainsi que l'a écrit M. A. Mestre (*op. cit.*, p. 590) l'art. 471 § 15 doit aujourd'hui être lu de la manière suivante : « Seront punis... ceux qui auront contrevenu aux règlements de police légalement faits ».

Il semblerait, après ce que nous venons de constater, que les incertitudes sur le droit du juge de contrôler la légalité des actes administratifs ne sont pas à craindre en matière répressive. Une analyse attentive des jurisprudences administrative et judiciaire nous détrompera rapidement et nous montrera la profonde divergence qui existe entre le Conseil d'Etat et la Cour de cassation. Source de sérieux inconvénients pratiques, cette divergence n'aurait jamais vu le jour si le droit, incontesté en principe, du juge répressif d'apprécier la validité des actes administratifs n'avait pas été tronqué par une interprétation défectueuse de la séparation des pouvoirs.

Nous resterons dans le domaine de la simple police qui est de loin le plus important et qui a donné lieu à une multitude de décisions, tant de la part de la Cour suprême que de celle du Conseil d'Etat.

Mais comment le Conseil d'Etat peut-il être amené à apprécier la légalité d'un acte administratif en matière répressive ? Une première discordance est à constater entre les jurisprudences administrative et judiciaire.

Pour la Cour de cassation, le juge répressif a le droit *et le devoir* d'examiner la légalité de l'acte administratif auquel il a été contrevenu. S'appuyant sur l'art. 471, n° 15 du Code pénal et sur l'art. 24 de la loi du 24 mai 1872, aux termes duquel le recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat n'a pas d'effet suspensif, sauf dispositions contraires, elle casse impitoyablement tout jugement par lequel le tribunal de simple police surseoit à statuer jusqu'à ce que le Conseil d'Etat se soit prononcé sur un recours pour excès de pouvoir, formé contre l'acte administratif auquel il a été contrevenu (Cass., 24 janvier 1902, D., 1902-1-57 ; 17 janvier 1914, S., 1914-1-423 etc...).

Egalement la Cour n'admet pas, dans le cas où aucun recours pour excès de pouvoir n'a été déposé, que le juge de paix sursoyant à statuer jusqu'à ce que la juridiction administrative se soit prononcée sur la validité de l'arrêté de police, impartisse un délai au prévenu pour justifier de ses diligences, par analogie avec l'art. 182 du Code Forestier, parce que, dit-elle « aucune des questions ainsi soulevées n'échappait aux attributions du juge du fond et que l'art. 4 du Code civil lui faisait un *devoir* de statuer..., qu'il suit de ce qui précède que, en procédant ainsi, le juge a méconnu sa propre compétence, a restreint arbitrairement ses pouvoirs et a appliqué l'art. 182 du Code Forestier en dehors des prévisions de la loi » (Cr., 15 juillet 1909, *Bull.*, n° 374, p. 726 ; V. aussi Cass., 28 janvier 1922, S., 1922-1-334 ; Cr., 28 mars

1925, *Gaz. Pal.*, 25-2-227 ; Cr., 21 octobre 1931, *Gaz. Pal.*, 32-1-17).

Citons encore l'arrêt du 16 mai 1934 (Aff. *Fourniols*, *Annales J.P.*, 1934, p. 490) où elle affirme nettement sa doctrine : « Attendu qu'il résulte du jugement attaqué que Fourniols a été poursuivi pour avoir contrevenu à un règlement légalement pris, aux termes duquel la sanction édictée par l'art. 471 n° 15 du Code pénal était encourue.

« Attendu que le juge de simple police avait donc le droit et le devoir de rechercher si les dispositions de l'arrêté dont l'application était requise rentraient dans le cadre des attributions de l'autorité qui les avait édictées et si elles concernaient des intérêts placés sous la surveillance de cette autorité.

« Attendu, en l'espèce, que les circonstances que l'arrêté auquel il a été contrevenu avaient fait l'objet d'un recours encore pendant devant le Conseil d'Etat, ne pouvaient dispenser le juge de police de vérifier si l'arrêté était légal et s'il devait, par suite, être sanctionné par l'art. 471 n° 15 de Code pénal.

« Attendu qu'en ordonnant cependant qu'il serait sursis à statuer jusqu'à ce qu'il fût prononcé par le Conseil d'Etat sur la légalité de l'arrêté préfectoral susvisé, le juge de police a violé les textes de lois précisés au moyen et le principe de la séparation des pouvoirs... »

Mais il n'appartient pas au Conseil d'Etat d'apprécier les jugements de sursis rendus par les juges de simple police, malgré que ces jugements soient formellement condamnés par la Cour de cassation. Juridiction administrative, il est radicalement incompétent pour connaître des jugements émanés de l'autorité judiciaire.

Du fait qu'une décision de sursis a été rendue, il accueille le recours en appréciation de validité formé par la partie qui a obtenu le sursis. Mais il exige que le juge de police ait d'abord sursis à statuer et n'admet pas que le recours en appréciation de validité soit directement porté devant lui. La seule voie directe (et c'est d'ailleurs la plus pratique) que possède l'individu pour faire déclarer l'illégalité d'un arrêté de police est le recours pour excès de pouvoir.

La facilité avec laquelle le Conseil d'Etat admet la voie incidente de l'appréciation de la légalité des arrêtés de police date de la mise en application, en 1907, de la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des Eglises et de l'Etat. Elle n'était auparavant limitée qu'aux seuls actes administratifs individuels en matière non répressive¹.

Sous le régime du Concordat les ecclésiastiques possédaient un recours direct, le recours pour abus, pour contester la légalité des arrêtés rendus en matière de police des cultes (Loi du 18 germinal an X, art. 44) devant le Chef de l'Etat statuant en Assemblée générale du Conseil d'Etat. Ce recours excluait d'ailleurs le recours pour excès de pouvoir contre ces mêmes arrêtés.

Une jurisprudence solide en avait déduit le droit, pour les ecclésiastiques, de saisir le Conseil d'Etat de l'illégalité de ces arrêtés de police des cultes par la voie incidente de l'exception d'abus. L'ecclésiastique poursuivi devant le juge de simple police, en soulevant cette exception, obligeait le tribunal à surseoir à statuer jusqu'à ce que le Conseil d'Etat, saisi ensuite du recours pour abus, se fût prononcé sur la validité de l'acte. (Cass., 10 juillet 1901, S., 1902-1-441 ; 26 avril 1902, S., 1903-1-368, etc...).

1. Consulter sur ce point l'étude de M. A. Fliniaux, sur le « Recours en appréciation de validité », *Mélanges Hauriou*, p. 299 et suiv.

Avec la loi du 18 germinal an X, le recours pour abus disparut et le droit commun reprit son empire savoir : recours direct contre la validité de l'acte devant le Conseil d'Etat par la voie du recours pour excès de pouvoir, exception d'illégalité devant le juge de simple police.

Les ecclésiastiques se rendirent vite compte combien ils perdaient à la disparition de l'exception d'abus. Nous verrons ultérieurement, en effet, que la jurisprudence judiciaire a une notion beaucoup plus étroite que celle du Conseil d'Etat de la légalité des arrêtés de police. Il était inévitable que les ecclésiastiques poursuivis en simple police pour avoir enfreint des arrêtés de police des cultes cherchassent à en faire examiner la légalité par le Conseil d'Etat et non par le juge de police et demandassent à ce dernier de surseoir à statuer jusqu'à ce que le Haut Conseil se fut prononcé sur la validité de ces actes.

Cette tactique rencontra un terrain favorable dans la magistrature cantonale et le Conseil d'Etat lui-même n'hésita pas à accueillir largement les recours en appréciation de validité ainsi portés devant lui (V. C.E., 2 août 1907, S., 1909-3-3 ; aff. *Abbé Garcin*, 19 mars 1909 ; aff. *Abbé Deguille*, S., 1909-3-99 et la liste imposante d'arrêts citée par M. Fliniaux, *op. cit.*, p. 318). De sorte que, malgré l'opposition de la Cour de cassation, le recours en appréciation de validité est largement passé du domaine non répressif des actes administratifs individuels dans la matière pénale. Seuls les règlements, en matière non répressive, en paraissaient soustraits. L'arrêt *Septfonds*, s'il fait jurisprudence, aura franchi le dernier pas et consacré la plénitude de la compétence

du Conseil d'Etat pour apprécier par voie directe ou incidente, la légalité de tous les actes administratifs.

Cette évolution ne se ramène pas à une simple question de procédure mais a, au contraire, des conséquences pratiques considérables par suite de la divergence, déjà signalée, entre les jurisprudences administrative et judiciaire sur l'étendue du concept de la légalité¹.

* * *

Les conditions qu'un acte administratif doit remplir pour être légal, ont été bien dégagées par la doctrine. Elles se ramènent aux quatre points suivants² : 1° L'acte doit avoir été édicté par un agent *compétent* ; 2° Il doit avoir été rendu dans les formes voulues par la loi ; 3° Il doit être, par son *objet*, conforme au droit ; 4° Son *but* doit être celui que la loi avait en vue en donnant compétence à l'agent.

Compétence, forme, objet, but, tels sont les quatre points sur lesquels il convient de comparer les jurisprudences du Conseil d'Etat et de la Cour suprême.

Section I

L'acte doit avoir été rendu par l'agent compétent

Concordance parfaite des deux jurisprudences sur cette condition.

« Le juge de police, déclare la Cour de cassation, doit tout d'abord examiner si les arrêtés dont on lui demande

1. Sans compter les nombreux inconvénients de procédure, dont nous parlerons ultérieurement, du recours en appréciation de validité.

2. Consulter Marc Réglade, *Du prétendu contrôle juridictionnel de l'opportunité en matière de recours pour excès de pouvoir*.

de faire l'application émanant d'une autorité compétente et refuser toute sanction à ceux qui émanent d'une autorité incompétente » (Cr., 24 avril 1845, D.P., 45-4-47; 29 novembre 1900, D.P., 1901-255 etc...).

« L'autorité judiciaire, décide le Conseil d'Etat, a le droit et le devoir d'examiner si les dispositions d'un arrêté de police qu'elle est appelée à sanctionner par l'application d'une peine, ont été prises dans les limites légales de la compétence du fonctionnaire de qui cet arrêté émane (C.E., 12 août 1848, D.P., 1850-3-12).

Cette condition de compétence soulève des questions fort délicates en cas de conflit entre les diverses polices générales et spéciales. Rappelons en quelques lignes les notions fondamentales relatives à la police administrative¹.

La police administrative, c'est l'ensemble des mesures législatives, réglementaires ou individuelles qui tendent à maintenir l'*ordre public* tel qu'il est défini par l'art. 97 de la loi du 5 avril 1884 et dont les trois éléments déterminants sont : la tranquillité, la sûreté et la salubrité publiques.

Sauf quelques exceptions (V. l'art. 4 de la loi du 1^{er} octobre 1917 sur la répression de l'ivresse), la police est essentiellement de la compétence du pouvoir exécutif, seul responsable de l'ordre immédiat et beaucoup mieux placé que le pouvoir législatif pour prendre toutes précautions nécessaires au fur et à mesure des besoins.

Il faut distinguer les polices spéciales des polices générales.

1. Hauriou, *Précis de droit administratif*, 10^e édit., p. 470 et suiv. Voir aussi P.H. Teitgen, *La police municipale générale, l'ordre public et les pouvoirs du maire*.

A. *Les polices générales* n'ont pas d'objet nettement déterminé ; elles prennent, dans leurs circonscriptions territoriales respectives toutes les mesures qu'exige le maintien de l'ordre public. Elles sont exercées respectivement par le Président de la République et le Préfet pour l'Etat, par le Maire, pour la commune.

Le Président de la République est compétent pour protéger l'ordre public en réglementant toutes les activités qui pourraient le troubler en quelque partie du territoire français qu'elles soient exercées. Ce pouvoir est maintenant indiscuté « En vertu de toute délégation législative et en vertu de ses pouvoirs propres, le Chef de l'Etat possède le droit de déterminer les mesures de police qui doivent, en tout état de cause, s'appliquer à l'ensemble du territoire » (C.E., 8 août 1919, *Labonne, Rec.*, p. 737).

Le pouvoir de police générale de l'Etat est attribué au préfet par l'art. 99 de la loi du 5 avril 1884 qui déclare que « Les pouvoirs qui appartiennent au maire, en vertu de l'art. 91, ne font pas obstacle au droit du préfet de prendre, pour toutes les communes du département ou plusieurs d'entre elles et dans tous les cas où il n'y aurait pas été pourvu par les autorités municipales, toutes mesures relatives au maintien de la salubrité, de la sûreté et de la tranquillité publiques »¹.

Le maire possède la police municipale en vertu des art. 91, 94 et 97 de la loi du 5 avril 1884. Quant à la police rurale, la loi du 21 juin 1898 l'a partagée entre le préfet et le maire. Elle se distingue de la police muni-

1. Leurs attributions en matière de police sont à côté et au-dessus des attributions des maires ; à côté, s'il s'agit de mesures pour lesquelles le préfet seul est compétent ; au-dessus s'il s'agit de mesures que les préfets n'ont à prendre qu'au cas d'insuffisance de la police municipale (Berthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif*, 12^e édit., p. 169).

ci-pale en ce qu'elle ne s'applique pas, comme cette dernière, aux agglomérations et en ce que son but particulier est principalement la protection des intérêts agricoles alors que la police municipale vise surtout à protéger le public (Sur cette distinction voir Hauriou, *Précis de droit administratif*, 10^e édition, p. 482).

B. *Les polices spéciales* ont un but plus précis et plus limité. Elles ne réglementent qu'une activité déterminée ou se bornent à prescrire les mesures nécessaires pour parer à un désordre défini dont la prévention dépendait auparavant de la police générale.

Généralement organisées par une loi elles sont exercées par différents agents : Président de la République, ministre, préfet, maire, autorité militaire, etc...

Ne sont lois de police que de nom les lois qui, tout en donnant certains pouvoirs à l'autorité administrative pour restreindre une liberté individuelle, n'ont pas, en fait, pour but de maintenir l'ordre public. Telles sont les lois de police des monuments historiques (31 décembre 1913), sur la chasse (3 mai 1844), sur la pêche fluviale ou côtière etc...

D'autres lois ou règlements ont bien pour objectif le bon ordre public à l'occasion de l'exercice d'une activité déterminée, mais les motifs qui les ont fait édicter sont tellement spéciaux et limités qu'il est souvent nécessaire de les compléter par des mesures de police générale. Ainsi le décret du 18 janvier 1928 soumet au visa préalable du Ministre des beaux-arts, la projection en France de tout film cinématographique pour sauvegarder « l'ensemble des intérêts nationaux en jeu... ». Cette police spéciale ne vise évidemment pas les désordres locaux que pourraient occasionner la projection des

films, désordres que le visa du ministre est impuissant à prévenir et qui ne pourront être réprimés que par des mesures de police municipale.

Enfin un grand nombre de polices spéciales se suffisent à elles-mêmes et habilite le pouvoir exécutif à réglementer une liberté individuelle pour tout motif d'ordre public. Citons les polices des cours d'eau (loi du 28 avril 1898), des établissements dangereux, incommodes et insalubres (lois du 19 décembre 1917 et du 20 avril 1932), des chemins de fer et tramways (lois du 3 mai 1841, art. 3; du 15 juillet 1845 et du 31 juillet 1913; décret du 11 novembre 1917), de la radiodiffusion (lois du 30 juin 1923, art. 85; décret du 28 décembre 1926; loi du 19 mars 1928), de la navigation aérienne (lois du 31 mai 1924, du 16 mai 1930), des appareils à vapeur (décret du 9 octobre 1907), des pigeons voyageurs (loi du 22 juillet 1896) etc... etc...

Ces notions posées, il est facile d'expliquer les solutions jurisprudentielles en cas de conflit des diverses polices.

C. Les conflits entre les diverses polices générales : Un désordre éclate ou menace d'éclater dans une commune. Si aucune réglementation n'a été édictée par le Chef de l'Etat ou le préfet en vue d'y parer, le maire, en vertu des art. 91, 94 et 97 de la loi de 1884, est compétent pour prendre toute mesure nécessaire à cet effet¹. Si, au

1. Réglementaire ou même individuelle (Cass. crim. 3 août 1866, S., 67-1-271; C.E., 13 décembre 1926, *Rec.*, p. 1106). Hauriou prétend (note sous Conflits, 22 avril 1910, S., 1910-3-129, préfet de la Côte-d'Or que les arrêtés individuels sont illégaux lorsqu'ils n'ont pas été prévus par des règlements. Un tel système aboutirait à désarmer les autorités de police devant certains troubles non prévus par des règlements. L'arrêt du Tribunal des Conflits concerne un cas, les sonneries de cloches, où une loi spéciale (art. 27 de la loi du 9 décembre 1905. Règlement d'administration publique du 16 mars 1906, art. 50), ordonne que les arrêtés individuels soient pris en application d'un règlement préalable.

contraire, une telle réglementation existe déjà, le maire a-t-il perdu sur ce point sa compétence de droit commun ?

Le Conseil d'Etat et la Cour de cassation ont écarté cette solution. Elle aurait, en effet, les conséquences pratiques les plus fâcheuses car l'ordre public n'est pas une matière abstraite qu'il est possible de réglementer d'une manière générale et définitive. Ses exigences varient suivant le temps, les lieux et les circonstances. Il serait vain de demander à la police générale de l'Etat de prévoir dans un règlement la multitude des cas particuliers de désordre résultant de causes purement locales que le maire est seul apte à prévoir et à apprécier. Ce serait obliger le Chef de l'Etat ou les préfets à édicter des mesures générales tellement rigoureuses qu'elles équivaldraient, en fait, à la suppression de la liberté individuelle et non à sa réglementation.

Certains textes, d'ailleurs, consacrent le droit des autorités inférieures de police générale de compléter, suivant les circonstances, les prescriptions édictées par l'autorité supérieure. Tel est l'art. 62 du décret du 31 décembre 1922 qui déclare que « les dispositions du présent décret ne font pas obstacle aux droits conférés par les lois et règlements aux préfets et aux maires, de prescrire, dans les limites de leurs pouvoirs et lorsque l'intérêt de la sécurité et de l'ordre public l'exige, des mesures *plus rigoureuses* que celles édictées par le présent règlement ».

Cette solution, qui concilie le mieux les exigences de l'ordre public et de la hiérarchie entre les diverses autorités de police générale, a été adoptée par la jurisprudence pour toutes les matières de police générale.

« Si l'art. 99 de la loi du 5 avril 1884, décide le Conseil

d'Etat, autorise le préfet à faire des règlements de police municipale pour toutes les communes du département ou pour plusieurs d'entre elles, aucune disposition n'interdit au maire d'une commune de prendre, pour le même objet et pour sa commune, par des motifs propres à cette localité, des mesures plus rigoureuses » (*Mairie de Nérès-les-Bains*, S., 1902-3-81, note Hauriou).

De son côté, la Cour suprême a jugé que « bien qu'une matière ait fait l'objet d'une loi, d'un décret ou d'un arrêté préfectoral le maire n'en conserve pas moins l'exercice de ses pouvoirs de police pour prendre, à raison des nécessités locales... les mesures compatibles avec les prescriptions de l'autorité supérieure » (Cr., 12 mai 1933, *Gaz. Pal.*, 33-2-261). De nombreux arrêts de la Cour suprême établissent que par « *mesures compatibles avec les prescriptions de l'autorité supérieure* » il faut entendre seulement celles qui tendent à une aggravation ou, tout au moins, à un complément desdites prescriptions.

Nos jurisprudences judiciaire et administrative n'admettent pas, au contraire, que l'autorité de police inférieure édicte des arrêtés pour adoucir des mesures prises par l'autorité supérieure ou, à plus forte raison, cherche à en empêcher l'application (Cr., 24 avril 1847, D.P., 1847-1-59 ; 31 janvier 1857, D.P., 57-1-64 ; C.E., 25 mars 1887, D.P., 1888-3-57)¹.

D. *Les conflits entre polices générales et spéciales* : Nous laisserons de côté les polices spéciales, telles que celles

1. En sens inverse (art. 95 de la loi de 1884) un préfet, s'il peut suspendre ou annuler les arrêtés du maire, ne peut pas les réformer (C.E., 13 décembre 1912, *Rec.*, p. 1198). Sur tous ces points V. Teitgen (*op. cit.*, p. 199 et suiv.).

de la chasse, de la pêche etc... lesquelles, nous le savons, ne visent pas la protection de l'ordre public et qui ne sauraient donc entrer en conflit avec les polices générales.

Pour ce qui est des polices spéciales qui ne tendent qu'à prévenir certains troubles, spéciaux et déterminés, de l'ordre public, il est évident que les autorités de police générale ont pleine compétence pour réglementer les libertés individuelles sur tous les points que ces polices spéciales n'ont pas prévus. Ainsi pour revenir au décret du 18 janvier 1928 qui soumet au visa préalable du Ministre des beaux-arts la projection des films cinématographiques pour sauvegarder « l'ensemble des intérêts nationaux en jeu », une jurisprudence très ferme décide que, quoique muni du visa ministériel, un film peut être interdit par un maire pour des raisons locales d'ordre public.

Au contraire, les polices spéciales qui attribuent à une autorité déterminée la plénitude de la police dans un domaine précis jouissent d'un véritable monopole qui exclut la compétence des autorités de police générale. En voici un exemple :

« Il résulte du décret du 11 novembre 1917 que le préfet peut seul régler la police dans les cours des gares situées dans son département et que ce droit ne saurait par suite appartenir à l'autorité municipale. Dès lors doit être cassé pour fausse application de l'art. 471 n° 15 du Code pénal, le jugement de simple police qui prononce une condamnation pour infraction à un arrêté municipal sur le stationnement des voitures publiques alors que, d'après les constatations de ce jugement, les faits, objets de la prévention, se sont passés dans la cour d'une

gare » (Cr., 27 novembre 1932, *Annales J.P.*, 1932, p. 175) ¹.

De même, pour les polices que s'approprie le législateur en fixant lui-même ou en faisant fixer par un règlement d'administration publique, l'ensemble des conditions intéressant l'ordre public, auquel devra être soumise une activité déterminée, la jurisprudence est très ferme en ce sens que le législateur a voulu se réserver, aux dépens de la police générale, la plénitude du pouvoir de police. Partant de cette idée, elle dénie aux autorités de police générale le droit d'atténuer la loi, de la contredire, de l'aggraver même ou de la compléter. Il refuse également à ces mêmes autorités le droit de reproduire la loi sous forme d'un règlement de police sanctionné par l'art. 471 n° 15 du Code pénal car « s'il n'en était pas ainsi toute loi pourrait être indirectement sanctionnée par l'art. 471 n° 15 puisqu'il dépendrait de l'autorité administrative de lui attribuer cet avantage en la traduisant littéralement dans son règlement » (Cr., 31 décembre 1903, S., 1905-1-425 ; Cr., 18 juin 1927, S., 29-1-317).

La jurisprudence tempère d'ailleurs ce monopole et admet que la police municipale peut intervenir pour prendre toutes mesures utiles « dans le cas où des circonstances locales présentant un caractère nettement exceptionnel justifieraient de sa part une telle intervention » (C.E., 13 novembre 1931, D.H., 1932, p. 73), étant entendu qu'il ne s'agit que de mesures provisoires qui cesseront de s'appliquer, le danger écarté (V. en cas d'épidémie, C.E., 5 mai 1893, *Claudon*, S., 99-3-91 ;

1. C'est au juge qu'il appartient d'apprécier si la loi ou le règlement de police spéciale contient un système de règles suffisamment complet pour épuiser toute possibilité de réglementation par les autorités de police générale.

pour l'interdiction d'un chemin de fer sur route un jour de fête nationale : C.E., 27 janvier 1893, *Maire de Mustapha* ; pour la police des eaux, C.E., 14 mai 1915, *Criton, Rec.*, p. 171 ; pour les établissements dangereux, incommodes et insalubres, C.E., 4 mars 1931, *Larosse, Rec.*, p. 244).

Même solution jurisprudentielle à l'égard de la police générale du préfet (V. C.E., 13 mai 1910, *de Félix*).

En dehors des cas d'incompétence résultant du conflit des diverses polices, il nous faut également citer ceux où des mesures de police, réglementaires ou individuelles, ont été prises par des fonctionnaires qui ne sont pas investis du pouvoir de police administrative, par exemple un directeur de ministère, un commissaire de police, etc...

Mais il n'appartient pas aux tribunaux répressifs de rechercher la légalité du titre et de l'exercice de l'autorité administrative qui a pris un arrêté de police. Ils ne pourraient, par exemple, rechercher si le fonctionnaire qui a rendu un règlement de police dans les limites de sa compétence réunissait toutes les conditions légales pour être admis à ses fonctions (Cr., 9 juin 1832) ; si, pour citer un cas concret, un conseiller municipal, agissant comme remplaçant du maire, était vraiment dans les conditions voulues pour remplacer le maire (Cr., 3 janvier 1835). Il y a là une question préjudicielle de la compétence administrative, qui oblige le juge de police à surseoir à statuer.

Section II

L'acte de police

doit avoir été pris dans les formes légales

Sur ce point aussi, les jurisprudences administrative et judiciaire concordent entièrement.

Le juge de police doit examiner si les formalités substantielles à l'accomplissement desquelles est subordonnée la force exécutoire des règlements ou arrêtés de police ont été observées et refuser toute sanction pénale à ceux qui n'en sont pas revêtus (*D.R.P.*, V. « Commune », n° 1900). Ces formalités peuvent consister dans des mesures d'instruction ou dans des consultations préalables. Par exemple (Loi du 24 mai 1872, art. 8) un règlement d'administration publique doit être précédé de l'avis du Conseil d'Etat.

Egalement, en matière de police de la salubrité rurale (loi du 21 juin 1898, art. 18 à 28) l'action du maire s'exerce sur l'avis du conseil d'hygiène de l'arrondissement.

De même « lorsqu'une épidémie menace tout ou partie du territoire de la République ou s'y développe et que les moyens de défense locaux sont insuffisants, un décret détermine, après avis du comité consultatif d'hygiène de France, les mesures propres à empêcher la propagation de cette épidémie... » (loi du 15 février 1902, art. 8).

Il est impossible d'énumérer la multitude des cas où des formalités préalables sont exigées pour la confection des actes individuels ou réglementaires de police.

Pour être légaux, les actes de police doivent aussi remplir certaines conditions de formes au moment de leur confection. Ils doivent être écrits, datés, signés (*Cr.*, 1^{er} mai 1868, *D.P.*, 68-5-348). Ils doivent indiquer la qualité de leur auteur et mentionner les lois qui lui ont délégué le pouvoir d'agir, exception faite pour le Président de la République « qui doit à sa qualité suprême d'administrateur et à la tradition de pouvoir exercer

le pouvoir réglementaire sans se référer à aucune loi »¹. Les décrets du Chef de l'Etat devront porter, à peine de nullité, le contre-seing ministériel. Mais aucune loi n'oblige les arrêtés ou règlements de police à indiquer les motifs qui les ont déterminés.

Enfin, formalités postérieures à leur confection, les actes de police doivent être publiés, s'ils sont réglementaires, notifiés s'ils sont individuels.

Les décrets ne sont obligatoires qu'après leur promulgation au *Journal Officiel* (décret du 5 novembre 1870).

Les règlements préfectoraux n'ont force obligatoire dans une commune qu'à partir du jour où ils y ont été publiés. Les arrêtés individuels du préfet sont soumis aux mêmes règles que les arrêtés municipaux spéciaux à l'étude desquelles nous allons passer.

Les arrêtés réglementaires du maire doivent avoir été affichés et publiés dans la commune (art. 96 de la loi du 5 avril 1884), conformément à l'usage des lieux. Les affiches sont apposées aux lieux accoutumés, en général à la porte de la mairie. La publication est, en principe, réalisée par l'un des moyens suivants, tous admis et valables : publication à haute voix par le crieur public sur la voie publique, à son de trompe ou de tambour, proclamation à la porte de l'église, après la sortie de la messe etc... Toutefois, la Cour de cassation a jugé que, bien que l'art. 96 de la loi de 1884 parle d'affiches et de publication, l'affichage seul suffit (Cass., 3 août 1900, *Annales J.P.*, 1901, p. 308 ; 25 juin 1903, *Revue des J.P.*, 1904, p. 73). Remarquons d'ailleurs que le défaut d'affichage n'entache pas l'arrêté de nullité mais en suspend

1. Consulter Rives, *L'exception d'illégalité en France*, Thèse, Paris, 1908.

simplement la force obligatoire (C.E., 19 décembre 1913, *Abbé Resplandy, Rec.*, p. 1268).

En tous cas, l'insertion d'un arrêté municipal dans le *Recueil des actes administratifs* ou dans un journal quelconque ne constituerait pas une publication légale et suffisante de cet arrêté (Cass., 30 juillet 1910, *Annales J.P.*, 1911, p. 145 ; 25 novembre 1910, *Annales J.P.*, 1911, p. 369). Il ne suffirait pas non plus que le prévenu ait eu connaissance de l'arrêté par d'autres moyens que les voies légales.

Les arrêtés municipaux (et préfectoraux) individuels doivent avoir été notifiés aux intéressés. Le garde-champêtre est généralement chargé de ce soin.

Les arrêtés municipaux temporaires deviennent immédiatement exécutoires pourvu qu'ils aient été publiés ou notifiés. Les arrêtés permanents, sauf le cas où le préfet a ordonné l'exécution immédiate pour cause d'urgence, ne sont exécutoires qu'aux trois conditions suivantes : 1° L'arrêté doit avoir été publié et notifié, comme il vient d'être écrit ; 2° Une ampliation de l'arrêté doit avoir été déposée à la préfecture ou à la sous-préfecture ; 3° Un délai d'un mois doit s'être écoulé depuis la remise, à la préfecture ou à la sous-préfecture, de l'ampliation. Signalons en passant que la Cour de cassation semble assimiler aux arrêtés temporaires, les arrêtés individuels destinés à ne s'appliquer que dans certains lieux, même pour un temps illimité (Cr., 4 mai 1933, D.H. 1933, p. 335).

Dans des cas exceptionnels, les arrêtés préfectoraux ou municipaux doivent avoir été approuvés par l'autorité supérieure.

Ajoutons pour en terminer avec la condition de forme

des actes de police que les jurisprudences administrative et judiciaire décident qu'en principe, l'omission de toute formalité prescrite par la loi entraîne *de plano* l'illégalité de l'acte.

Si, au contraire, la formalité, sans avoir été entièrement omise, a été accomplie irrégulièrement, ces jurisprudences font revivre les distinctions de notre procédure civile entre les formalités substantielles et les formalités accessoires et cherchent, dans chaque cas particulier, si telle formalité qui a été omise, est de nature à vicier l'acte tout entier ou si, ayant une importance secondaire et négligeable, elle n'encourt pas la censure du juge.

Section III

L'acte de police doit être, par son objet, conforme au droit

1. Toutes les libertés sont soumises à la police générale :

L'objet de tout acte administratif, c'est, pour reprendre la définition de M. Bonnard ¹ « l'effet produit immédiatement et directement par l'acte ». En matière de police c'est la restriction plus ou moins grande d'une liberté individuelle et on ne peut concevoir une mesure de police qui n'aurait pas pour effet de limiter sur quelque point un droit quelconque de l'individu. La Cour suprême et le Conseil d'Etat sont d'accord sur ce principe.

Quelle est l'étendue du pouvoir de police en face de ces libertés individuelles ? C'est ici qu'apparaît une nouvelle et grave divergence entre les deux jurisprudences, divergence qui s'accroîtra encore, nous le verrons, lorsqu'il

1. *Op. cit.*, p. 58.

s'agit d'apprécier si une mesure de police est légale *par son but*.

« La liberté consiste, proclame la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen (art. 4), à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ; ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi ».

Faut-il déduire de ce texte que la loi seule peut limiter les libertés individuelles ? Peut-on dire, adoptant la terminologie de Duguit, que le régime de droit commun est le « régime de droit », régime purement répressif « dans lequel, en principe, l'activité physique, intellectuelle, morale, religieuse, peut se manifester librement sans aucune restriction préventive, sans aucune autorisation préalable » par opposition au « régime de police » qui ne serait qu'exceptionnel et dans lequel « la loi donne à l'autorité des pouvoirs particuliers qui s'appellent des pouvoirs de police et en vertu desquels elle peut, d'avance, prendre certaines mesures pour empêcher que tel acte ou tel fait contraire au droit se produise ? ».

Une telle théorie n'a pas été admise — et à juste titre — par notre jurisprudence.

D'abord il ne faut pas interpréter trop strictement le mot « loi », qui, dans l'art. 4 de la Déclaration, est pris dans son sens matériel et englobe à la fois la loi proprement dite et le règlement.

D'autre part, sans nier l'évidence du principe de la légalité, il importe de ne pas accepter sans restriction un texte tout imprégné de l'esprit individualiste qui régnait en 1789. Ses termes mêmes « l'exercice des droits na-

turels » reflètent bien l'idée qu'on se faisait alors de l'existence de droits que l'homme aurait possédés alors qu'il vivait à l'état de nature et que son passage à l'état de société ne lui aurait pas fait perdre. Ces théories du droit naturel, qu'on ne peut examiner ici, ont été trop sérieusement ébranlées par la critique moderne pour qu'on puisse construire dessus un système quelconque de droit positif.

Il est logiquement impossible, en effet, d'admettre que l'individu soit capable de posséder des droits à l'état de nature (état qui est d'ailleurs lui-même fort hypothétique). Un droit subjectif, c'est le pouvoir d'exiger quelque chose d'un tiers¹. Pour qu'il naisse il faut donc que des rapports se soient établis entre le titulaire du droit et une autre personne, ce qui implique l'existence d'une société, si rudimentaire sera-t-elle. En particulier les libertés publiques ne seraient qu'un mot vide de sens si elles n'étaient pas assorties de droits subjectifs de l'individu envers l'Etat. Mais qui dit Etat dit Société. A l'état de nature, l'homme n'a donc aucun droit, public ou privé.

Outre ces considérations sur l'art. 4 de la Déclaration des Droits de l'homme, d'autres raisons établissent et justifient sans peine l'existence du « régime de police » auquel nous sommes soumis.

Si nous vivions sous le « régime de droit » il faudrait dire que les autorités de police générale ne pourraient maintenir l'ordre public que par les procédés que la loi leur donnerait. L'art. 97 de la loi de 1884 est un démenti éclatant à une pareille assertion. « La police municipale

1. Voir R. Bonnard, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, p. 46 note 1.

... comprend *notamment* » dit ce texte. Le maire a donc la plénitude de la police municipale, *sauf les exceptions prévues par la loi*. Et nous savons que le préfet, dans son département, le Chef de l'Etat, dans toute la France, ont les mêmes pouvoirs de police que le maire.

Il ne peut en être autrement, d'ailleurs, car les libertés individuelles, si elles ne sont pas disciplinées, sont des forces aveugles dont l'ensemble ne constitue pas l'ordre public mais l'anarchie. Or, cette discipline ne peut être obtenue seulement par la loi. Il existe, certes, des libertés entièrement définies par la loi qui en a déterminé, avec le maximum de précision, les bornes et les conditions d'exercice ; telles sont les libertés de la presse, de réunion, d'association, de l'enseignement. On peut dire que, pour ces libertés on est arrivé au régime de droit tel que l'entend Duguit, mais justement ces cas sont l'exception, et pour l'immense majorité des libertés individuelles la loi n'impose pas à la police générale des modes déterminés de réglementation.

Admettre le contraire serait désarmer les autorités de police générale devant tout désordre que la loi n'aurait pas formellement assujetti à leur pouvoir ; ce serait aussi permettre à certaines licences de profiter du silence de la loi, qui ne peut tout prévoir, pour se parer du titre de liberté¹.

Un premier point est donc établi : toutes les libertés publiques, sauf de rares exceptions, sont soumises au droit de police générale.

2. *Il n'y a pas conflit entre l'ordre public et les libertés individuelles :*

Avant d'aborder l'étude comparative des jurispru-

1. Teitgen, *op. cit.*, p. 122 et suiv.

dences administrative et judiciaire, nous voudrions examiner une seconde question qui achèvera de nous éclairer sur la condition d'objet nécessaire pour la légalité de l'acte de police. Y a-t-il conflit entre l'ordre public et les libertés individuelles, entre les lois qui visent au maintien de cet ordre public et celles qui garantissent les libertés du citoyen ?

La réponse négative s'impose, selon nous. Ordre public et liberté individuelle ne constituent pas une antinomie. Ce sont au contraire deux notions interdépendantes qui ne peuvent exister qu'en parfaite harmonie. Toute atteinte à l'une d'elles est une atteinte à l'autre, toute mesure qui veille au maintien de l'une d'elles assure le respect de l'autre.

D'une part, en effet, *les libertés publiques sont fonctions de l'ordre public* : Etre libre de faire ou de ne pas faire quelque chose implique pour l'individu le droit d'exiger de l'Etat le respect de ces possibilités d'action ou d'abstention. Mais ce droit, comme tout droit subjectif, est attaché à la situation juridique de l'individu. Et cette situation juridique, elle-même, est déterminée, dans les rapports de l'individu et de l'Etat, par un ensemble de règles de droit, règles générales et impersonnelles (lois, règlements) ou règles individuelles (actes individuels, actes en forme de contrat), où l'Etat joue toujours un rôle actif soit qu'il édicte la règle par sa fonction législative ou sa fonction administrative, soit qu'il admette une certaine participation de l'individu à son élaboration comme c'est le cas dans les contrats administratifs.

Or la condition vitale de toute organisation sociale, c'est le maintien de l'ordre public. Toutes les règles de droit que nous venons d'énumérer, doivent tendre, par

la force des choses, à assurer ou à ne pas troubler l'ordre public. Elles sont donc fonctions de l'ordre public et, à *fortiori*, les situations juridiques de l'individu et les droits subjectifs qui y sont assortis sont également fonctions de l'ordre public.

Mais, d'autre part, *l'ordre public est fonction des libertés individuelles* : L'Etat ne peut modifier à sa guise, sous prétexte d'assurer l'ordre public, les droits subjectifs de l'individu à son égard, en dépit des apparences qui semblent lui conférer ce pouvoir. A chaque moment, il est limité par les idées extra-juridiques en cours, empruntées à la morale et à la politique et le droit n'est, en somme, qu'une technique qui cherche à bâtir sur ces idées morales et politiques.

La restriction apportée à une liberté individuelle, facilement supportée à une époque, paraîtra intolérable en d'autres temps ; que l'on compare, par exemple, nos idées sur la liberté du commerce avec celles de nos ancêtres de l'époque du mercantilisme.

De même, à un moment donné, la réglementation d'une même liberté sera diversement acceptée suivant les pays ; quel gouvernement oserait, en Angleterre, apporter à la liberté de la presse des entraves semblables, même de loin, à celles que le peuple allemand admet si facilement aujourd'hui ?

Il est donc exact de dire que l'ordre public est fonction des libertés individuelles puisque toute atteinte à l'une d'elles, si elle heurte l'opinion publique, risque d'amener, de la part de cette dernière, une réaction extrêmement dangereuse pour l'ordre public.

Mais il convient de ne pas voir dans cette constatation une règle d'une rigueur mathématique et ne pas négliger

de la tempérer par la notion d'évolution incessante, suivant les lieux et suivant les temps, du contenu des libertés publiques.

Sous cette réserve, on peut affirmer que, en un temps et en un lieu déterminés, l'ordre public est fonction des libertés individuelles.

Comment, dans ces conditions, soutenir que les lois ou toutes autres mesures qui cherchent à assurer l'ordre public puissent jamais entrer en conflit avec celles qui garantissent les libertés du citoyen ? Elles se compléteront, elles se conditionneront, elles se concilieront, elles ne se heurteront jamais.

Et ainsi s'explique sans aucune difficulté et sans avoir besoin de recourir à d'autres raisonnements la jurisprudence de notre Conseil d'Etat sur la légalité des actes de police quant à leur objet.

A. *La jurisprudence du Conseil d'Etat :*

On trouve dans la plupart des arrêts du Conseil d'Etat statuant sur la légalité des actes de police, soit par la voie directe du recours en excès de pouvoir, soit par la voie incidente du recours en appréciation de validité, une formule qui caractérise et résume toute sa jurisprudence.

« Considérant, dit-il, que si le maire est chargé par l'art. 97 de la loi du 5 avril 1884, du maintien de l'ordre de la commune, *il doit concilier l'accomplissement de sa mission avec le respect des libertés garanties par la loi ...* ».

Remarquons bien qu'il ne s'agit pas de cas de détournement de pouvoir. Le maire (ou toute autre autorité de police) a eu en vue le maintien de l'ordre public et cependant la mesure qu'il a prise pourra être considérée

comme illégale par le Conseil d'Etat parce que cette mesure n'a pas concilié l'accomplissement de la mission de police du maire avec le respect de la liberté qui a été restreinte.

Nous venons de démontrer que l'ordre public et toute liberté individuelle sont fonctions l'un de l'autre, que les lois qui garantissent les droits du citoyen contiennent toujours implicitement la réserve du maintien de l'ordre public.

Pour raisonner sur des cas concrets, plaçons-nous sur le terrain de la police municipale. Jamais, disons-nous, il ne pourra y avoir conflit entre l'art. 97 de la loi de 1884 et les lois d'où découlent les libertés publiques. Le maire, en effet, si un tel conflit existait, n'excéderait pas ses pouvoirs de police, en apportant une entrave quelconque, même très grave, à l'activité du citoyen pour parer à une menace de désordre ou à un désordre déjà né. Mais, ce qui démontre bien l'absence de tout conflit, une mesure trop brutale, si elle assure l'ordre immédiat, porte en elle-même le germe de désordres futurs infiniment plus graves que celui qu'elle a voulu prévenir. Le maire qui interdit *toutes* les processions sur la voie publique pour empêcher *une* procession déterminée qui pourrait amener des troubles a bien assuré provisoirement la tranquillité de la voie publique mais la grave atteinte qui a été portée à la liberté des cultes est autrement dangereuse pour l'ordre public que la procession qui a été empêchée. Le maire a donc violé l'art. 97 de la loi de 1884. Il a également violé la loi du 9 décembre 1905 qui garantit la liberté des cultes car cette liberté est assurée sous réserve, mais sous cette réserve seulement, des nécessités de l'ordre public.

C'est ainsi que l'on trouve des arrêts où le Conseil d'Etat annule des actes de police pour violation de l'art. 97 lui-même et non pas pour violation de la loi qui garantit la liberté que cet acte a restreinte (C.E., 13 janvier 1932, *Dumont, Rec.*, p. 36).

La police des sonneries de cloches illustre particulièrement les développements qui précèdent.

Il appartient au maire, en vertu de l'art. 97 de la loi de 1884, de l'art. 27 de la loi du 9 décembre 1905 et de l'art. 50 du décret du 16 mars 1906 de régler l'usage des cloches de l'église.

D'autre part, la loi de 1905, dans son article premier, garantit le libre exercice des cultes.

Dans quelle mesure le maire pourra-t-il réglementer les sonneries de cloches ?

Le Conseil d'Etat ne voit nullement dans les textes précités la source d'un conflit quelconque qu'il s'agit de résoudre en sacrifiant l'un d'eux aux autres, suivant les cas.

Le Conseil d'Etat part de la notion d'ordre public. Toute sonnerie est-elle cause de trouble ? Il serait excessif de le prétendre. A certaines heures de la journée la collectivité accepte fort bien les sonneries de cloches ; il n'en est plus de même quand elles ont lieu la nuit ou le matin de très bonne heure ou qu'elles sont trop prolongées.

Le prêtre qui fait sonner les cloches à toute heure du jour et de la nuit trouble donc l'ordre public. Il excède les pouvoirs que lui donne l'art. 1^{er} de la loi du 9 décembre 1905.

De son côté, le maire qui interdit toute sonnerie de cloches porte également atteinte à la liberté des cultes garantie par ce même art. 1^{er}.

Au contraire, un arrêté municipal qui se bornera à réglementer la durée des sonneries et à interdire les sonneries nocturnes ou trop matinales aura respecté tous les textes précités en les conciliant.

« Considérant, dit le Conseil d'Etat, que s'il appartient au maire, en vertu de l'art. 27 de la loi du 9 décembre 1905 et de l'art. 50 du décret du 16 mars 1906, de régler l'usage des cloches de l'église, dans l'intérêt de l'ordre et de la tranquillité publique, il est tenu de concilier l'exercice de ce pouvoir avec le respect de la liberté des cultes garantie par l'art. 1^{er} de la loi de 1905... » (26 décembre 1930, *Abbé Tisseire, Rec.*, p. 114; 28 octobre 1931, *Abbé Penanguer, Rec.*, p. 910).

Mais une telle jurisprudence n'a pu naître et se développer que parce que le Conseil d'Etat « agissant, prétend-on, à la manière d'un supérieur hiérarchique » s'est reconnu, depuis 1905, le droit de scruter et d'apprécier les faits pour déterminer si l'autorité de police a su ou non concilier le respect des libertés individuelles avec les exigences de l'ordre public (Voir les conclusions des Commissaires du Gouvernement Tissier, dans l'affaire *Marc* du 5 juin 1908, S., 1909-3-113, Chardenet, dans l'affaire *Abbé Olivier* du 19 février 1909, *Rec.*, p. 183 et Corneille, dans l'affaire *Baldy* du 10 août 1917, *Rec.*, p. 637).

Dans chaque cas particulier, il examine attentivement les circonstances dans lesquelles la mesure de police a été prise, l'importance du désordre qu'il s'agissait d'éviter ou de faire cesser, la gravité de l'entrave apportée à l'exercice de la liberté visée par l'acte dont il contrôle la légalité, importance qui dépend à la fois de la plus ou moins grande valeur juridique de la liberté

et de la plus ou moins grande gêne qui lui est occasionnée ¹.

Toutes ces données varient suivant les temps et suivant les lieux, ce sont essentiellement des questions de fait que le Conseil d'Etat s'efforcera de résoudre.

a) L'appréciation de la gravité du désordre que la mesure de police a voulu éviter est facile à déceler dans les arrêts du Conseil.

Par exemple, en matière de police de la circulation publique, le juge de l'excès de pouvoir examine dans chaque cas si le danger d'encombrement était suffisamment grave, étant donné la largeur de la rue et l'intensité de la circulation, pour justifier la mesure prise.

« Considérant, dit le Conseil d'Etat, que ces autorités (le maire et le préfet) ont le droit, dans les limites de leurs compétences respectives, de déterminer dans l'intérêt de l'ordre public, de la sécurité et de la commodité de la circulation les conditions auxquelles sont tenus de satisfaire les services de transport en commun ; qu'elles peuvent même, pour sauvegarder ces mêmes intérêts, soumettre ces services, *si des circonstances spéciales l'exigent*, à une autorisation préalable...

« Considérant... que le préfet du Pas-de-Calais a pu ... à raison des circonstances spéciales et *notamment de l'encombrement des voies* parcourues par le service de transports en commun du sieur Baumont, soumettre ce service à une autorisation... » (C.E., 11 juillet 1934, 1^{re} espèce, D., 1934-3-41) Voir aussi les arrêts des 6 mai 1932 (*Gaz. Pal.*, 1932-2-229, *Syndicat agricole de la Région de Paris*) et 13 juin 1913 (*Rec.*, p. 658, *Castillon du Perron*).

1. Consulter Teitgen, *op. cit.*, p. 383 et suiv.

Egalement, au sujet d'un arrêté municipal qui subordonnait à une autorisation préalable du maire l'emploi de tout instrument de musique mécanique dans les cafés et cabarets.

« Considérant, dit le juge de l'excès de pouvoir, que le fonctionnement dans les débits de boissons, d'instruments de musique peut présenter des inconvénients *sérieux* pour la tranquillité publique, qu'il appartient *dès lors* au maire, en vertu des pouvoirs qui lui sont conférés par l'art. 97 de la loi du 5 avril 1884, de soumettre l'emploi desdits instruments à son autorisation préalable... » (C.E., 16 décembre 1930, D., 1930-3-66, avec les conclusions de P. Ettori).

Particulièrement, en cas de circonstances exceptionnelles (guerre, épidémie, crise grave) ou de péril imminent le Conseil déclare légales des mesures qui lui paraîtraient entachées d'illégalité en temps normal.

Ainsi il admet, en cas de rage constatée, que le maire interdise provisoirement la circulation des chiens sur la voie publique alors que, dans des circonstances normales, l'art. 16 de la loi du 25 juin 1898 l'autorise seulement à ordonner que les chiens soient tenus en laisse ou muselés (C.E., 21 février 1919, *Rec.*, p. 179, *Président de la Société protectrice des animaux*).

Egalement est légal, aux yeux du juge administratif, l'arrêté du maire qui interdit, en temps de guerre, pour des motifs de sûreté nationale, l'accès des cafés aux filles publiques (C.E., 28 février 1919, *Dol et Laurent*, S., 1918-1919-3-33). Il est évident qu'une pareille mesure ne trouverait pas grâce devant le Conseil d'Etat en période ordinaire.

b) Le juge de l'excès de pouvoir tient compte aussi,

avons-nous dit, de la valeur juridique de la liberté que la mesure de police restreint.

Il ne faut pas croire qu'un catalogue de ces libertés puisse être dressé et il n'a jamais été dans les intentions de notre Haut Tribunal administratif de procéder à un tel classement. C'est que la hiérarchie entre deux libertés données est une question d'espèce et dépend à la fois des circonstances et du désordre qu'il s'agit d'éviter.

Le critère sur lequel s'appuie le Conseil d'Etat, c'est ainsi que l'a déterminé M. le Commissaire du Gouvernement Michel dans l'affaire *Benjamin* (C.E., 19 mai 1933, D., 33-3-54) « le souci plus ou moins grand qu'a eu le législateur d'assurer la liberté en cause », critère trop élastique pour pouvoir jamais servir de base à une classification quelconque des libertés publiques, critère suffisamment précis, cependant, pour permettre au juge administratif de la légalité de trancher chaque cas particulier ainsi que l'étude de quelques arrêts va nous le montrer.

S'agit-il d'une simple licence, par exemple la prostitution, le Conseil d'Etat reconnaît au maire le droit de la réglementer à sa guise et même de la supprimer. Ainsi est légal l'arrêté qui interdit l'exploitation des maisons de tolérance ou le racolage sur la voie publique (C.E., 22 juillet 1931, *Rec. p.*, 803, *Mansane*). Il ne s'agit pas là, en réalité d'une liberté publique. Au contraire, le maire ne peut interdire aux filles publiques de circuler dans des quartiers déterminés, de stationner sur la voie publique ou de pénétrer dans les cafés (C.E., 11 avril 1913, *Rec.*, p. 386, *Dame Laugier*). C'est que de telles interdictions portent atteinte, non plus à la prostitution mais à la liberté de circuler et qu'aucun motif d'ordre public

ne les justifie lorsque cette liberté n'est pas exercée dans le but de racoler.

S'agit-il d'une liberté proprement dite, le Conseil d'Etat, nous l'avons dit, examinera l'importance que le législateur attache à son respect.

Le pouvoir de police générale est réduit au minimum si la liberté possède une grande importance sociale.

Par exemple, pour la liberté des cultes, si l'on s'en tenait à la lettre des textes, il semblerait que le maire possède de larges pouvoirs de police intérieure de l'église. D'une part, en effet, l'art. 97 de la loi du 5 avril 1884 lui donne la police des « endroits où il se fait de grands rassemblements d'hommes tels que les foires, marchés, réjouissances et cérémonies publiques, spectacles, jeux, cafés, *églises* et autres lieux publics... ». D'autre part, l'art. 25 de la loi du 9 décembre 1905 dispose que « Les réunions pour la célébration d'un culte tenues dans les locaux appartenant à une association cultuelle ou mis à sa disposition sont publiques. Elles sont dispensées des formalités de la loi du 30 juin 1881 (art. 8), mais *restent placées sous la surveillance des autorités dans l'intérêt de l'ordre public* ».

Telle n'est pas la jurisprudence du Conseil d'Etat. Il lui a paru que la liberté des cultes, par sa grande valeur sociale, avait été particulièrement protégée par le législateur de 1905 et qu'il avait été dans l'intention de ce dernier de réduire à l'indispensable minimum le pouvoir du maire au profit de celui du ministre du culte.

« Depuis les lois de séparation, déclare M. le Commissaire du Gouvernement Corneille dans l'affaire *Abbé Arnaud* (C.E., 20 juin 1913, *Rec.*, p. 725), c'est au ministre du culte représentant les fidèles qu'appartient exclu-

sivement le droit de réglementation intérieure du lieu du culte, ce droit dérivant et pouvant uniquement dériver de l'autorité sacerdotale » (Voir les applications de cette jurisprudence dans les arrêts suivants : Arrêt *Abbé Déliard* du 18 février 1908 (D., 1909-3-33) qui dénie au maire le droit d'ordonner la fermeture de l'église, sauf circonstances exceptionnelles ;

Arrêt *Abbé Arnaud* précité qui déclare que le maire n'a pas droit à la clef de l'église mais seulement à celle du clocher si celui-ci est séparé de l'église ;

Arrêt *Cadel* du 9 janvier 1931 (S., 31-3-41 avec une note de M. Bonnard) qui refuse au maire le droit de prescrire le dépôt d'un corps à l'intérieur de l'église... etc...)¹.

De même, nous le verrons ultérieurement, la liberté de la propriété, est une de celles envers lesquelles les pouvoirs de police générale sont le plus étroitement limités, en vertu de la jurisprudence administrative, sans que cependant la loi ait expressément déterminé ces limites.

Pour d'autres libertés, au contraire, le Conseil d'Etat, estimant que le législateur attache une moins grande importance à leur respect par suite de leur valeur sociale moindre, est plus disposé à élargir les pouvoirs de police générale.

Tel est le cas de la liberté de manifestation sur la voie publique. Pas plus que pour la liberté de propriété les limites du pouvoir de police générale n'ont été définies à son égard. Mais, contrairement à ce qui se passe en Angleterre, elle n'a pas encore pénétré dans nos mœurs et le juge de l'excès de pouvoir en déduit, à juste titre,

1. Voir Hauriou, *Précis de droit administratif*, 10^e édit., p. 537 et suiv.

que le législateur n'a pas eu le même souci d'en assurer le respect que lorsqu'il s'agit de la liberté de la propriété.

Aussi, dès qu'une manifestation, religieuse ou laïque, risque de troubler l'ordre public, reconnaît-il au maire le droit de l'interdire purement et simplement, sans rechercher si des moyens moins rigoureux auraient suffi à éviter tout désordre (C.E., 10 août 1917, *Baldy, Rec.*, p. 637). Mais encore faut-il qu'il y ait risque de désordre, ce que le Conseil d'Etat recherchera par l'examen des faits de la cause.

D'une manière générale, la voie publique est affectée principalement à la circulation publique. La réglementation de toute activité — autre que celle qui consiste à circuler purement et simplement sur le domaine public — suppose la solution du conflit entre deux libertés individuelles : d'une part la liberté de circulation, de l'autre la liberté qui vient d'être restreinte. Le Conseil d'Etat donnera la préférence à celle des deux que le législateur a entendu le mieux protéger en l'espèce. Sur la voie publique, c'est évidemment la liberté de circulation. Toutes autres activités lui seront subordonnées et pourront être restreintes et même supprimées par mesure de police dans son intérêt. Nous avons eu un exemple pour la liberté de manifestation. Egalement, entre la liberté du commerce et de l'industrie, garantie par la loi des 2-17 mars 1791 et la liberté de la circulation, c'est cette dernière qui doit l'emporter sur la voie publique où elle trouve naturellement à s'exercer de telle sorte que toute entrave qui pourrait lui être apportée au profit d'une activité commerciale ou industrielle serait un trouble à l'ordre public. Au contraire l'exercice d'un commerce sur la voie publique ne corres-

pond pas à l'usage normal de celle-ci. Il ne peut que risquer de troubler la circulation donc l'ordre public. C'est pourquoi le Conseil d'Etat a toujours admis le droit du maire de le réglementer strictement et même de le supprimer pour tous motifs tirés de l'intérêt de la circulation (C. E., 2 décembre 1910, *Syndicat des Marchands forains et Bacquié*, Rec., p. 860).

c) Enfin, étant admis en principe, dans un cas particulier, que le maire était fondé à restreindre une liberté individuelle pour des raisons tirées des nécessités de l'ordre public, le Conseil d'Etat examine une dernière question : quelle gêne sera apportée à l'exercice de cette liberté ? Si cette gêne est trop grave, il y aura disproportion entre le désordre à éviter et la rigueur de la mesure de police. Il n'y aura pas conciliation entre l'ordre public et les libertés individuelles ; l'acte de police aura dépassé son objet qui est de restreindre les libertés du citoyen pour arriver à cette conciliation, il sera illégal.

Partant de ce principe le Conseil d'Etat déclare entaché d'illégalité tout arrêté de police qui ne laisse pas à l'individu le libre choix des moyens. Ce qui importe, en effet, c'est la sauvegarde de l'ordre public. Imposer aux administrés un moyen déterminé à l'exclusion de tout autre tout aussi efficace dépasse l'objet que la loi assigne à la police générale.

Cette règle du libre choix des moyens est d'ailleurs fortement tempérée par la jurisprudence du Conseil d'Etat.

Ainsi il est admis que, dans certains cas, l'ordre public exige l'imposition d'une seule et même règle de conduite à tous les citoyens. Il serait, par exemple, impossible

d'assurer le bon ordre sur la voie publique sans exiger de tous les conducteurs qu'ils gardent la droite de la chaussée. Egalement rien ne servirait d'imposer aux riverains de la voie publique l'obligation de déposer les ordures ménagères dans des poubelles. Il faut leur fixer en outre une heure pour l'enlèvement de ces poubelles lesquelles, autrement, encombreraient jour et nuit les trottoirs pour le plus grand dommage de la salubrité publique.

Un autre correctif est apporté par le Conseil d'Etat à la règle du libre choix des moyens en cas de péril grave ou imminent. Il serait dangereux, dans ce cas, de s'en remettre au libre choix des administrés.

La liberté de la propriété privée est celle pour laquelle le juge de l'excès de pouvoir s'est toujours montré le plus attentif à l'application du principe du libre choix des moyens, tout en admettant cependant les correctifs précités (Voir *D.R.P.* V. « Commune », n° 1912 et suiv. ; *C.E.*, 27 février 1903, *Rec.*, p. 171, *Fauchier-Magnan* ; 9 mai 1913, *Rec.*, p. 520, *Rouard*). Sur ce point sa jurisprudence concorde avec celle de la Cour de cassation.

Outre la règle du libre choix des moyens le Conseil d'Etat pose comme principe que, lorsque l'autorité de police a le choix entre plusieurs moyens pour assurer l'ordre public, elle doit recourir à celui qui, en fait, apporte l'atteinte la plus légère à la liberté individuelle.

Toute autre mesure, en effet, ne concilierait pas l'ordre public avec la liberté individuelle réglementée puisque les exigences de l'ordre public ne l'imposeraient pas particulièrement.

Ce n'est d'ailleurs que par une appréciation minutieuse des circonstances de fait, essentiellement variables

suivant les lieux et les moments, que le Conseil d'Etat décide si cette règle de légalité a bien été observée.

Citons un arrêt particulièrement typique du 28 novembre 1913 (Aff. *Guérard, Rec.*, p. 1160) « Considérant que si le maire peut, en vertu des pouvoirs que lui confère l'art. 97 de la loi du 5 avril 1884, prescrire les mesures d'inspection destinées à assurer la salubrité des viandes et que, s'il résulte de l'instruction et notamment de l'avis émis par le Conseil supérieur de l'hygiène publique que la manipulation et la consommation des viandes de l'espèce équine nécessitent des mesures de surveillance spéciales, *il n'est pas établi que l'interdiction d'introduire dans la ville de Nancy des viandes fraîches de cheval soient, à l'exclusion de toute autre mesure et notamment de l'examen des ligaments et viscères laissés adhérents*, la seule capable de protéger la liberté publique ; que, dès lors, le maire de Nancy n'a pu prononcer l'interdiction dont il s'agit sans excéder ses pouvoirs... » (Voir également, C.E., 31 juillet 1908, *Sécher, Rec.* p. 836 et 11 décembre 1931, *Ligue pour la défense du commerce parisien*, S., 33-3-57).

B. *La jurisprudence de la Cour de cassation :*

Il importe avant tout de préciser que les arrêts que nous nous proposons d'analyser ne concernent pas des cas où la réalité des motifs d'ordre public invoqués par l'autorité de police étaient contestés. Il est bien entendu qu'une menace de désordre était à craindre ou qu'il fallait faire cesser un trouble à la tranquillité, la salubrité ou la sécurité publique.

Le problème qui se pose au juge répressif est donc le suivant : Etant donné un trouble ou une menace de trouble déterminé, l'acte de police auquel il a été contre-

venu pouvait-il restreindre telle ou telle liberté individuelle comme il l'a fait sans sortir du cadre de la légalité ?

Dans de nombreux arrêts la Cour suprême a dégagé les points de vue auxquels le juge de simple police doit se placer pour contrôler la validité des mesures qu'il doit sanctionner par des peines.

Il doit rechercher, dit-elle, « Si les dispositions de l'arrêté dont l'application est requise rentrent dans le cadre des attributions de l'autorité qui les a édictées, si elles ont pour objet des intérêts de la classe de ceux placés sous la surveillance de cette autorité et si, d'autre part, elles ne dérogent à aucune disposition de la législation générale » (Cr., 11 novembre 1910 ; *Bulletin des Arrêts de la Cour de cass.*, n° 555, p. 1019 ; 24 mai 1913, *ibid.*, n° 250, p. 495), ou encore, employant une formule différente « s'il émane d'une autorité incompétente ou excède les pouvoirs de cette autorité ou a été pris par elle en violation d'une règle positive de droit ».

Cette analogie entre les formules du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation ne doit pas faire illusion. L'excès de pouvoir du juge répressif ne coïncide pas avec l'excès de pouvoir tel que le conçoit notre Haut Tribunal administratif. A l'examen la jurisprudence de notre Cour suprême apparaît singulièrement plus étroite que celle du juge administratif. Elle refuse, en effet, au juge de simple police, d'apprécier par l'examen des faits, si la mesure qu'on lui demande d'appliquer a réalisé une équitable conciliation entre les nécessités de l'ordre public et la liberté individuelle qui a été restreinte, si elle était efficace et nécessaire, si une autre mesure, moins rigoureuse et tout aussi efficace aurait pu être prise. Elle lui interdit de peser la gravité du désordre qu'il s'agissait

de prévenir ou de faire cesser, de jauger la valeur juridique de la liberté atteinte par l'acte de police. De telles recherches impliquent, suivant elle, non pas le contrôle de la *légalité* de l'acte mais l'appréciation de son *opportunité* et constituent une violation du principe de la séparation des pouvoirs (Cr., 19 avril 1918, S., 1918-1919-1-65 ; 11 mars 1927, S., 1928-1-335 etc...).

Du moment où des motifs d'ordre public existaient, du moment où l'autorité de police est restée dans le cadre de ses attributions et n'a pas violé formellement un texte positif de loi, la Cour de cassation interdit au juge de police de pousser plus loin ses investigations et déclare la légalité de l'acte de police.

Il n'y a qu'un cas où cet acte deviendra illégal aux yeux de la Cour, c'est lorsqu'au lieu de réglementer une liberté, il la supprime car il y a alors violation, soit de la loi qui définit cette liberté, soit, si c'est une liberté indéfinie, de la règle de légalité générale, formulée dans l'art. 4 de la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen, de garantie de la liberté individuelle.

Citons deux exemples concrets :

Par arrêt du 12 juillet 1934 (D.H., 1934, p. 462 ; *Annales des J.P.*, 1934, p. 501) la Chambre criminelle a jugé que « si les art. 18 et suivants de la loi du 29 juillet 1881, qui ont institué la liberté de colportage, ne font pas obstacle au droit qui appartient au maire de réglementer la police de la voie publique, il y a excès de pouvoir dans la disposition d'un arrêté municipal qui interdit de façon absolue, dans une ville, la distribution de tous imprimés ou prospectus ».

Egalement la même Chambre a déclaré légal, le 16 mai 1934, (D.H., 1934, p. 366 ; *Annales J.P.*, 1934, p. 414)

l'arrêté municipal visant expressément l'art. 97 de la loi de 1884 qui interdisait la publicité sonore « en tant que les auditions peuvent être entendues des personnes circulant sur la voie publique ». « Attendu, dit-elle, que pour justifier cette affirmation (de l'illégalité de l'arrêté) le jugement (de simple police) attaqué se borne à énoncer que le maire ne pouvait, comme il l'a fait en la circonstance, prohiber légalement l'emploi de la publicité sonore sans avoir égard aux conditions de lieu et de temps ; mais attendu que, de cette appréciation ne résulte point la constatation d'un excès de pouvoir... l'arrêté spécifiant que la publicité sonore est interdite *en tant que les auditions peuvent être entendues des personnes circulant sur la voie publique* ». Quoique cet arrêt soit moins net que le premier, il marque cependant avec suffisamment de précision la doctrine de la Cour suprême sur les limites qu'il convient d'apporter au pouvoir de police (Voir aussi Cr., 16 mars 1916, S., 1917-1-29 et 12 mai 1916, S., 1918-1919-1-108).

Cette divergence entre les jurisprudences administrative et judiciaire ne pouvait manquer d'aboutir parfois à des contradictions entre les décisions du Conseil d'Etat et celles de la Cour de cassation, celle-ci déclarant légaux des arrêtés de police que le Conseil annulait ensuite, parce qu'ils édictaient une mesure inefficace ou trop lourde par rapport au désordre à éviter.

Ainsi est légal, pour la Cour suprême, l'arrêté municipal qui interdit d'une manière absolue les transports de gadoues dans l'agglomération pendant deux mois d'été (Cass. cr., 12 mai 1916-1-108) tandis que le Conseil d'Etat déclare illégal un arrêté identique (quoique relatif à une autre commune) parce que les transports de gadoues

ne présentent pas, en été, un danger suffisamment grave pour la salubrité publique (C.E., 17 mars 1922, *Rec.* p. 240).

Mais, à l'inverse, la Cour de cassation se montre beaucoup plus difficile que le Conseil d'Etat pour admettre qu'en cas de circonstances exceptionnelles, une extension soit apportée aux pouvoirs de police générale allant jusqu'à permettre à l'autorité chargée de cette police de violer provisoirement une règle positive de droit. Le Conseil d'Etat contrôle soigneusement l'existence de ces circonstances exceptionnelles mais, une fois qu'il les a admises, il reconnaît à l'autorité de police des pouvoirs exorbitants du droit commun. (V. C.E., 9 janvier 1920, *Musart, Rec.*, p. 12, admettant l'expulsion en temps de guerre, de personnes domiciliées dans la commune — 29 juin 1928, D.H., 1928, p. 483 — autorisant l'autorité municipale à taxer, en périodes exceptionnelles *toutes* les denrées alimentaires, en violation de l'art. 30 de la loi des 19-22 juillet 1791 qui autorise seulement la taxe du pain et de la viande. Voir en sens contraire, Cass. cr., 6 mai 1915, *Bull. crim.*, 1915, 157, 14 avril 1916 ; S., 1918-1919-1-110¹).

Nous l'avons déjà dit, la jurisprudence judiciaire rejoint celle du Conseil d'Etat lorsqu'il s'agit d'apprécier la légalité d'une mesure de police qui porte atteinte à la liberté de la propriété privée.

Pendant un certain temps, nous le savons, la Cour de cassation a admis, en matière civile, le contrôle par le juge ordinaire de la légalité des arrêtés individuels imposant certaines obligations à des propriétaires (Civ., 11 décembre 1876, S., 1877-1-113).

Si elle a ensuite abandonné sa jurisprudence première

1. Teitgen, *op. cit.*, p. 490.

sur ce point, elle a, par contre, toujours fermement affirmé en matière de police de la propriété privée, le droit du juge de police de contrôler la légalité des actes administratifs qu'il est chargé de sanctionner par des peines, par l'examen et l'appréciation des faits qui ont motivé ces actes.

Ainsi le juge de police devra examiner s'il existait en fait une menace de trouble, si cette menace était suffisamment grave pour motiver la mesure prise à l'égard des propriétaires, si ladite mesure est vraiment efficace, si, entre plusieurs mesures efficaces la plus légère a été adoptée, si, enfin, on a laissé au propriétaire le libre choix des moyens.

« L'autorité municipale ne peut imposer à la propriété privée, déclarent de nombreux arrêts, que les obligations qui sont *absolument* exigées dans un intérêt de police et elle doit laisser aux propriétaires la faculté de choisir entre les mesures de nature à satisfaire l'intérêt public, celles qui sont le moins onéreuses et le moins gênantes » (Cass., 13 juillet 1864 ; D., 65-1-326 ; 6 août 1898, S., 1900-1-111 ; 22 janvier 1904, D., 1905-1-375 ; 11 avril 1930, S., 1931-1-277 etc...).

« Le Tribunal, dit-elle encore..... avait le devoir de rechercher..... si l'insalubrité prétendue pouvait cesser par l'emploi de moyens de nature à causer une moindre gêne à l'exercice de la profession du demandeur et surtout moins onéreux que ceux qu'avait prescrits l'autorité municipale » (Cass., 11 avril 1930, S., 1931-1-277).

De même que le Conseil d'Etat, elle refuse de faire l'application aux édifices antérieurement construits, des règlements de police qui ordonnent l'exécution de certains travaux modifiant plus ou moins l'économie de

ces édifices ou qui ordonnent leur destruction (Cr. 26 mars 1887, D., 88-1-240 ; 15 décembre 1928, S., 1930-1-238 ; C.E., 17 mars 1932, *Bédélé, Rec.*, p. 326). C'est que, de tels arrêtés occasionneraient aux propriétaires d'immeubles déjà construits des charges beaucoup trop lourdes relativement aux nécessités de l'ordre public, il n'y aurait plus cette conciliation que la Cour exige entre l'ordre public et la liberté de la propriété privée et que le Conseil d'Etat impose aux autorités de police à l'égard de toutes les libertés individuelles. Mais que les exigences de l'ordre public deviennent particulièrement graves et impérieuses ou que, par suite de gros travaux, modifiant profondément la structure de son immeuble, le propriétaire puisse, sans sacrifices anormaux, procéder aux installations imposées aux immeubles à construire par l'arrêté de police, alors les conditions d'un « équitable dosage des sacrifices » étant modifiées, la Cour suprême, tout comme le Conseil d'Etat, n'hésite pas à faire fléchir sa règle de droit commun.

Cette importante jurisprudence en matière de propriété privée est une grave dérogation à la théorie de notre Cour suprême. Elle apporte un aliment sérieux à la doctrine qui critique cette théorie. Certes la propriété privée a une valeur sociale considérable et l'on comprend que la Cour de cassation l'ait toujours jalousement placée sous sa garde. Mais toutes les libertés individuelles ne sont-elles pas respectables ? Et pourquoi adopter pour l'une d'elles une méthode de protection que l'on refuse aux autres ? Pourquoi ce qui est une question de légalité quand il s'agit de la propriété privée devient-il une affaire d'opportunité à l'égard des autres libertés ? L'étude de ces questions nous paraît mieux à

sa place dans l'analyse critique, à laquelle nous allons nous livrer, des jurisprudences administrative et judiciaire, sur la quatrième et dernière condition de légalité des actes administratifs, le but de ces actes.

Section IV

Le but de l'acte doit être celui que la loi avait en vue en donnant compétence à l'agent

Ce but, c'est le maintien de l'ordre public. L'art. 97 de la loi du 5 avril 1884 en donne les composantes, savoir *le bon ordre, la sécurité et la salubrité* publiques.

Nous l'avons précédemment signalé, l'art. 97 est le successeur des art. 50 de la loi du 14 décembre 1789 et 3 de la loi des 16-24 août 1790, Titre 11, dont le législateur de 1884 a repris les termes et étendu à l'infini le champ d'application par l'introduction du simple mot « notamment ». L'autorité de police n'est pas enfermée dans un cadre rigide ; elle jouit de la plus grande latitude pour apprécier si un événement trouble ou risque de troubler l'ordre public et pour prendre les mesures nécessaires pour y parer. Mais elle ne doit pas sortir de la notion d'ordre public. Si elle s'en écarte, volontairement ou non, elle commet une illégalité, elle excède ses pouvoirs.

Là encore nous allons constater une importante divergence entre les jurisprudences administrative et judiciaire.

A. La jurisprudence du Conseil d'Etat :

Il est difficile de concevoir un acte quelconque qui n'ait aucun motif. « Les motifs, définit M. Bonnard,

sont les faits antécédents qui ont été la cause de l'acte »¹. Une décision prise sans motifs, écrit justement M. Marc Réglade, serait un pur caprice². Concevable à la rigueur sous un régime d'absolue tyrannie le manque complet de motifs ne peut pas se présenter dans notre droit.

Mais il arrive fréquemment que les arrêtés de police n'aient pas été pris pour des motifs d'ordre public, soit que l'autorité compétente ait mal apprécié les faits qui ont servi de base à sa décision, soit qu'elle ait agi consciemment auquel cas elle a commis ce qu'on dénomme un détournement de pouvoir.

L'erreur de fait a donné lieu à une très intéressante controverse³ que nous ne pouvons examiner ici. Il est bien démontré, à notre avis, qu'elle rentre dans le cas de violation de la loi et ne constitue pas une cinquième cause d'ouverture du recours pour excès de pouvoir. Aussi, semble-t-il, devrait-elle être admise comme cause d'illégalité aussi bien par le juge de simple police que par le Conseil d'Etat. Nous verrons plus tard ce qu'il en est.

La jurisprudence du Conseil d'Etat, partant de ces quelques notions préliminaires, peut se résumer en quelques grandes lignes qu'il convient d'examiner sommairement.

a) Est illégale toute mesure de police lorsque *l'ordre* qu'elle vise n'est pas *l'ordre public* :

Cette différenciation peut donner lieu parfois à de sérieuses difficultés. L'intérêt public n'est pas celui

1. *Le contrôle juridictionnel de l'administration* p. 58 et suiv.

2. *Du prétendu contrôle juridictionnel de l'opportunité en matière de recours pour excès de pouvoir.*

3. Chalvon-Demersay, *De l'examen du fait par le Conseil d'Etat statuant en matière de recours pour excès de pouvoir*, Thèse, Paris, 1902; Marc Réglade, *op. cit.*

d'un individu déterminé ni même d'un groupe particulier d'individus. Ce n'est même pas celui de la commune considérée comme personne morale. Nombreux sont les arrêts qui refusent à la commune le droit de se porter partie civile dans les instances de simple police. Un désordre, pour être public, doit menacer un nombre indéterminé d'individus et tout individu, même de passage, qui se trouve dans la circonscription où s'exerce l'autorité de police qui a pris la décision.

Ne vise donc pas au maintien de l'ordre public et est illégal un arrêté municipal qui prescrit « à l'intérieur des habitations et *dans l'intérêt des occupants*, la modification des dispositions défectueuses des bâtiments ou de leurs accessoires » (C.E., 18 novembre 1887, *Duverdy, Rec.*, p. 719).

Au contraire, le Conseil d'Etat admet que le maire impose à ces mêmes occupants, même pour des immeubles déjà construits, toutes installations nécessaires à l'évacuation des eaux usées et à l'alimentation en eau potable, car la salubrité *publique* est dans ce cas gravement intéressée.

Egalement sept arrêtés municipaux qui prescrivaient la mise en service par les producteurs ou usagers d'énergie électrique, de dispositifs destinés à protéger la réception des émissions radiophoniques ont été annulés, le 9 janvier 1935, par le Conseil d'Etat « Considérant que la protection de courants parasites constitue pour les détenteurs d'appareils radio-électriques *seulement*, une gêne qui..... ne permet pas au maire d'intervenir comme chargé du maintien de la tranquillité publique » (*Annales J.P.*, 1935, p. 205).

b) Est illégale toute mesure de police qui, malgré

ses apparences, n'est basée sur aucun motif d'intérêt général.

Nous sommes ici dans le domaine naturel du détournement de pouvoir et nous ne pouvons citer que quelques exemples dans la masse imposante des arrêts d'annulation ou de déclaration d'illégalité.

Les décisions prises dans un but politique ou mises au service des animosités personnelles ou d'intérêts privés sont impitoyablement censurées par le Conseil d'État.

Tel est le cas de l'arrêté municipal qui interdit à une société déterminée et à elle seule de sortir sur la voie publique (C.E., 1^{er} juillet 1898, *Société La Seynoise*; 17 mai 1907, *Philharmonique de Fumay*; 29 juillet 1910, *l'Avenir de Salomé*; 10 novembre 1932, *Société Saint-Louis* etc...).

De même le juge de l'excès de pouvoir déclare illégale la décision de police qui cherche à éviter à une entreprise privée une concurrence dangereuse, par exemple en refusant à un entrepreneur de voitures publiques le permis de stationnement qu'il sollicite, afin d'assurer un monopole de fait à un entrepreneur ou à un groupement d'entrepreneurs de transports (C.E., 8 juin 1917, *Rabbé, S.*, 1920-3-91; 8 novembre 1932, *Clapier, Gaz. Pal.*, 1933-1-167 etc...).

Est également illégale la décision qui, sous prétexte d'assurer le contrôle du débit des comestibles, cherche à protéger certaines industries locales, par exemple, en interdisant l'introduction de viandes d'animaux abattus ailleurs que dans l'abattoir municipal ou en y apportant des entraves par une réglementation excessive (C.E., 22 mai 1896, *Carville, S.*, 97-3-121; 24 mars 1899,

Syndicat des Bouchers de Bolbec, Rec., p. 241 ; 10 février 1905, *Ville de Narbonne, etc...*).

Ont été également annulées des décisions préfectorales en matière de police des eaux qui cherchaient, en fait, à protéger un intérêt privé (C.E., 22 mars 1901, *Pagès, S.*, 1903-3-73 ; 24 juin 1926, *Bernard, etc...*).

c) Est illégale toute mesure de police prise dans un but d'intérêt général autre que l'ordre public :

Ainsi l'art. 98 de la loi de 1884 dispose que « le maire a la police des routes nationales et départementales et des voies de communication dans l'intérieur des agglomérations, mais seulement en ce qui touche la circulation sur lesdites voies ». Tant que le maire se bornera à user de son pouvoir de police pour protéger la circulation, facteur essentiel du bon ordre public, il restera dans les limites de sa compétence. Mais s'il prend un arrêté de police, uniquement pour prévenir des dégradations à la chaussée, il commettra un détournement de pouvoir (C.E., 27 juillet 1927, *Société des Ateliers Turcat-Méry et Société des Usines Renault* (deux espèces) *Rec.*, p. 969).

A plus forte raison le maire ne peut-il gérer le domaine privé de sa commune au moyen de décisions de police. Les arrêtés qu'il est autorisé à prendre en cette matière ne doivent tendre qu'à assurer l'exécution des délibérations du Conseil municipal, conformément à l'art. 90 de la loi de 1884 (C.E., 16 mars 1927, *Bilger. Rec.*, p. 341).

Dans le même ordre d'idées, le Conseil d'Etat déclare illégaux les arrêtés de police qui n'ont qu'un but d'esthétique, par exemple, qui ordonnent aux riverains de badigeonner les façades de leurs maisons (22 juillet 1909, *Humbert et autres, Rec.*, p. 603) ou qui limitent la hauteur

des maisons (6 janvier 1933, *Association des propriétaires algériens*, *Gaz. Pal.*, 33-1-761). L'esthétique des rues présente, certes, un intérêt public, mais non pas un intérêt d'ordre public.

Egalement le maire ne peut faire usage de son pouvoir de police dans l'intérêt financier de la commune (C.E., 24 janvier 1930, *Puitg*, *Gaz. Pal.*, 30-1-494). Les célèbres arrêts *Pariset* et *Laumonnier-Carriol*, du 26 novembre 1875 (D., 76-3-41) illustrent particulièrement cette interdiction. La loi du 2 août 1872, qui réserve à l'Etat le monopole de la fabrication et de la vente des allumettes décidait que les fabriques d'allumettes existantes seraient expropriées. Désireux d'alléger les charges de l'Etat, le Ministre des finances ordonna aux préfets d'appliquer rigoureusement la législation sur la police des établissements dangereux, incommodes et insalubres. Un grand nombre de fabriques qui n'étaient pas en règle furent fermées par arrêtés préfectoraux. Ces arrêtés furent annulés par le Conseil d'Etat parce que les préfets avaient agi « dans l'intérêt financier d'un service de l'Etat » et non pour des motifs d'ordre public.

Pour la même raison, le Conseil d'Etat a déclaré illégaux comme entachés de détournement de pouvoir, les arrêtés de police pris, en matière d'alignement de voirie, dans le but de réaliser des économies sur des expropriations futures (23 janvier 1868, *Terravalien*, *Rec.*, p. 85).

Sont également entachés de détournement de pouvoir les arrêtés de police qui imposent aux riverains des voies publiques des travaux relatifs à la viabilité de ces voies, lesdits travaux incombant à l'administration (C.E., 25 novembre 1932, *Valance*, D.H., 33-24); ou encore

qui réglementent ou interdisent la circulation sur les voies publiques uniquement dans le but d'éviter des frais de remise en état (C.E., 25 février 1916, *Javal, Rec.*, p. 93; 27 juillet 1928, S., 29-3-103; Voir une longue série d'arrêts dans *Bulletin des Décisions des Juges de Paix*, 1932, p. 35 et suiv.).

A plus forte raison un arrêté de police sera-t-il illégal lorsqu'il aura pour but, non d'éviter des dépenses à la commune mais de lui procurer des revenus supplémentaires, soit en subordonnant l'octroi d'une permission au paiement de taxes que la loi n'a pas prévues (C.E., 2 mars 1923, *Goguel, Rec.*, p. 205), soit en assurant le recouvrement d'une taxe par des prescriptions de police (C.E., 24 janvier 1930, *Puitg, Rec.*, p. 100) soit, enfin, en cherchant à multiplier les occasions de perception de taxes régulières, par exemple, en obligeant tous les commerçants qui n'ont pas de magasins à apporter leurs denrées au marché (où ils devront payer des droits de place) (C.E., 21 décembre 1900, *Trotin, S.*, 1903-3-57) ou en interdisant à tous les baigneurs de se déshabiller sur les plages et falaises, pour les contraindre à utiliser les cabines installées par la commune (C.E., 4 juillet 1924, *Beaugé, Rec.*, p. 641).

L'application de ces principes soulève parfois certaines difficultés pratiques sur lesquelles il convient de dire quelques mots.

1° L'interdiction de réglementer l'usage du domaine public dans un but purement financier ne vise que les occupations de ce domaine qui sont conformes à sa destination, telles les places des marchands dans les halles, l'amarrage des barques dans les ports, le stationnement des voitures dans la rue (V. Berthélémy, *Précis*

de droit administratif, 1930, p. 506 et suiv.). Ces occupations sont un droit pour tous les usagers du domaine ; l'autorité municipale peut certes les réglementer pour assurer la libre circulation, elle ne peut profiter de son pouvoir de police pour chercher à en tirer des revenus. Et si, dans les grandes villes, les permis de stationnement sont en général accordés sous réserve du paiement de certaines redevances, ces redevances sont de véritables impôts qui doivent être votés chaque année par le Conseil municipal et qui n'ont rien de commun avec le pouvoir de police du maire.

Au contraire, les particuliers désirent-ils user du domaine public d'une manière non conforme à sa destination, par exemple en installant des kiosques ou des baraques sur le trottoir, en déposant des matériaux sur la voie publique, l'autorisation qu'ils obtiendront du maire ne sera alors, aux termes de M. le doyen Berthélémy qu'une « tolérance de police ». La jurisprudence admet la légalité des redevances qui sont exigées de l'occupant en contre-partie de ces permissions de voiries.

Le maire a-t-il un pouvoir discrétionnaire en matière de refus ou de retrait de permission de voirie ? L'art. 98 de la loi du 5 avril 1884, *in fine*, pose le principe qui sert de base à la jurisprudence en la matière. « Les permissions de voirie à titre précaire ou essentiellement révocable sur les voies publiques qui sont placées dans les attributions du maire et ayant pour objet notamment peuvent, en cas de refus du maire *non justifié par l'intérêt général*, être accordées par le préfet ».

Aussi le Conseil d'Etat, s'il a proclamé par l'arrêt du 11 avril 1913 (*Compagnie des tramways de l'Est parisien, Rec.*, p. 394) son droit de contrôler les motifs des refus

de permission de voirie, se contente-t-il du motif extrêmement large de l'intérêt général, sans plus (26 juillet 1918, *Compagnie des tramways de l'Est parisien*, Rec., p. 774 ; 8 et 22 mars 1929, D., 1930-3-5) afin de laisser aux administrateurs la plus grande latitude possible pour tirer le maximum d'avantages financiers des permissions de voirie ou pour éviter que, contrairement aux engagements pris envers le concessionnaire, une concurrence ne soit créée à l'égard d'un service public concédé.

Egalement, en matière de retrait de permissions de voirie, le Conseil d'Etat après une évolution dont l'étude nous entraînerait trop loin, semble être arrivé à la même solution que lorsqu'il s'agit de refus, dans quatre importants arrêts des 29 avril, 6 mai et 9 novembre 1932 et 10 mars 1933 (D., 1934-3-18 avec une note de M. Pierre Duclos).

Voici donc un domaine où le pouvoir de police du maire voit son champ d'application largement étendu puisque les décisions n'auront pas besoin d'être basées sur des motifs d'ordre public mais seulement sur des motifs d'intérêt général beaucoup moins limités.

2° Une autre difficulté réside dans la détermination des limites de la compétence de police à l'égard des services publics concédés.

Très fréquemment, en effet, l'activité des services publics concédés risque de nuire à la tranquillité, la sécurité ou la salubrité publiques. Par exemple, une entreprise concessionnaire de balayage ou de vidange qui néglige de remplir ses obligations devient un danger pour la salubrité publique. Le concessionnaire qui s'obstine à vouloir faire circuler des autobus dans des

rues parcourues, pour une raison ou pour une autre, par une foule d'une densité anormale risque également d'amener des troubles graves. On pourrait multiplier les exemples.

Les maires sont souvent tentés de reprendre les clauses du Cahier des Charges dans un règlement de police sanctionné par l'art. 471 n° 15 du Code pénal. De telles pratiques, si elles étaient légales, possèderaient une très grande efficacité car, si les peines prévues par l'art. 471 précité sont assez légères, le principe du cumul des peines de simple police permettrait d'infliger au concessionnaire de nombreuses amendes qui, par leur total, constitueraient finalement une charge très lourde.

Le Conseil d'Etat déclare illégaux de pareils règlements (5 janvier 1924, *Société industrielle du gaz et de l'électricité*, S., 1926-3-33 ; 2 juillet 1926, *Randon et Imbert*, *Rec.*, p. 677 ; 21 décembre 1928, *Moussette*, S., 1930-3-33 avec la note de M. Mestre). Les préfets ou les maires qui les ont pris sont sortis de leur compétence de police car la méconnaissance des prescriptions de sécurité ou de salubrité du Cahier des Charges constitue la violation, non pas d'une obligation de police, mais d'une obligation contractuelle. De plus ces mesures de police sont entachées de détournement de pouvoir puisqu'elles tendent, dans un certain sens, à sauvegarder l'intérêt patrimonial de l'administration.

Au contraire, le Haut Tribunal administratif tient pour légaux les arrêtés de police qui se bornent à imposer aux concessionnaires, sous la sanction de l'art. 471 n° 15 du Code pénal, toutes les mesures d'ordre public qu'il est permis d'imposer aux tiers (et qui ne se réfèrent pas à des clauses du Cahier des Charges). Ainsi s'appliqueront

au concessionnaire les règlements généraux de police antérieurs ou postérieurs au marché (C.E., 26 juin 1931, *Chambre syndicale des loueurs d'autocars*, *Gaz. Pal.*, 31-2-368). De même des arrêtés individuels pourront imposer au concessionnaire des obligations qui modifieront et, au besoin aggraveront, les conditions de son marché (toujours sous la reverse des exigences de l'ordre public).

A été, par exemple, déclaré légal l'arrêté d'un maire qui avait suspendu, pendant la journée du 14 juillet, la circulation des tramways dans les rues que devaient traverser des troupes (27 janvier 1899, *Société des Chemins de fer sur route d'Algérie*, *Rec.*, p. 53) ou qui avait défendu au concessionnaire du service des eaux de livrer à la consommation des eaux qui n'avaient pas été filtrées selon les procédés prescrits par l'administration (22 juin 1917, *Compagnie générale des eaux*, *Rec.*, p. 492).

La Cour de cassation a adopté une solution diamétralement opposée à celle du Conseil d'Etat. Pour la Cour suprême, le fait qu'un Cahier des Charges traite de questions relatives à l'ordre public donne à ce Cahier la force d'un arrêté de police (Crim., 16 février 1929, *Pichon*, S., 1930-1-276). Quant aux prescriptions qui n'ont pas par elles-mêmes force de police, la Cour déclare légale la clause du traité qui leur donne la sanction pénale de l'art. 471 n° 15 du Code pénal (Cr., 31 mai 1924, S., 1934-1-240). *A fortiori* admet-elle que le maire puisse reprendre les clauses du Cahier des Charges dans un règlement de police (Cr., 5 janvier 1924, D.H., 1924-86).

Cette jurisprudence nous paraît difficilement justifiable. La nature du Cahier des Charges est déjà, par elle-même fort délicate à établir (V. à ce sujet la note

de M. Ch. Blaevoet sous D.P., 1935-1-33). Qu'on lui attribue le caractère d'un règlement ou d'un contrat, un point est indéniable, c'est qu'il n'émane pas d'un fonctionnaire agissant en qualité d'autorité de police. Ainsi, pour les communes, le Cahier des Charges est pris par le Conseil municipal et le maire agissant en qualité d'administrateur des affaires communales¹ et n'a d'ailleurs pas la forme des règlements de police. Comment lui donner dans ces conditions la force d'une décision de police ? Si la matière d'ordre public sur laquelle portent certaines clauses est le seul motif sur lequel la Cour de cassation base sa théorie, et nous n'en voyons pas d'autres, pourquoi les lois qui concernent l'ordre public ne sont-elles pas assorties également de la sanction prévue par l'art. 471 du Code pénal ?

Quant au point de savoir si une clause du traité peut lui attribuer cette sanction, puisque le Cahier des Charges n'a point force de police, il n'appartient pas à la volonté des parties de la lui attribuer ; la loi seule le peut *nullum crimen sine lege*.

Enfin, le maire ne peut reprendre, dans un règlement de police, les clauses du Cahier des Charges car, nous l'avons déjà dit, il ne chercherait, en réalité, qu'à sanctionner par une peine des obligations contractuelles, il s'immiscerait, en qualité d'autorité de police, dans des intérêts patrimoniaux de la commune et sortirait ainsi de sa compétence de police générale.

3° Pour les services publics exploités en régie, il est admis par les jurisprudences judiciaire et administrative que le maire (pour rester dans le domaine de la police municipale) a le droit de réglementer leur activité. Mais

1. Teitgen, *op. cit.*, p. 150 et suiv.

ces règlements ne peuvent pas être assortis de la sanction pénale de l'art. 471 n° 15 car ce sont de simples règlements organiques ne comportant, à l'égard des agents qui dirigent le service, qu'une sanction disciplinaire. Ils n'offrent donc pas d'intérêt pour l'étude d'exception d'illégalité devant le juge de simple police.

Telle est, brossée à grands traits, la jurisprudence du juge de l'excès de pouvoir et du recours en appréciation de validité sur les qualités que doit posséder la décision de police pour remplir la condition de légalité relative au but de cette décision. Nous avons maintenant un tableau d'ensemble de la notion qu'a le juge administratif de la légalité envisagée sous toutes ses faces : compétence, formes, objet et but. Cette étude n'était pas inutile car elle va nous permettre de mieux saisir et de mieux apprécier la divergence qui sépare le Conseil d'Etat et la Cour de cassation.

Remarquons d'abord que, de même que pour le contrôle de la valeur des motifs d'ordre public, le Conseil d'Etat se reconnaît le droit d'examiner l'existence et la sincérité de ces motifs par la recherche et l'examen des faits et qu'il n'hésite pas à scruter « à la manière d'un supérieur hiérarchique » dit-on, les mobiles exacts qui ont amené l'autorité de police à édicter l'acte dont la légalité lui est soumise. Il se met « à la place » de cette autorité et recherche, selon sa propre formule « non seulement si l'arrêté porte sur un objet compris dans ses attributions... mais encore apprécie, *suivant les circonstances de la cause* si l'administrateur n'avait pas *dans l'espèce*, pris un arrêté ne se justifiant pas par la nécessité de maintenir l'ordre public » (C.E., 19 février 1909, *Abbé Olivier, Rec.*, p. 180).

Dans quelques hypothèses cependant le Haut Tribunal se dispense d'examiner les faits :

D'abord il peut arriver que la décision de police, quoique ce ne soit pas obligatoire, ait été motivée et que les motifs invoqués ne soient pas d'ordre public. Dans ce cas la décision avoue elle-même son illégalité.

En sens inverse, l'activité réglementée peut présenter, par sa nature même, un danger pour l'ordre public. Là encore le contrôle du Conseil d'Etat se bornera à l'examen de la décision.

Le juge administratif tient également pour illégaux par eux-mêmes les arrêtés de police portant interdiction générale et absolue. Il est certain que, par de pareils actes, le maire a restreint des activités inoffensives pour l'ordre public. Leur généralité prouve que le maire n'a pas tenu compte des circonstances ; or, ce sont les circonstances qui rendent un acte plus ou moins dangereux pour l'ordre public. Certaines manifestations sur la voie publique risquent d'amener des troubles ; faut-il pour cela interdire partout et toujours tous les cortèges ? Certaines voitures, par leurs dimensions, risquent de gêner la circulation dans les rues étroites. Pourquoi les interdire dans toute la ville ? (V. pour ces deux hypothèses, C.E., 4 août 1902, *Rec.*, p. 617, *Chambre syndicale des entrepreneurs de transport de vin* et C.E., 9 mars 1917, *Rec.*, p. 223, *Société de tir et de préparation militaire de Saint-Hilaire*).

Ont été également déclarés illégaux les arrêtés : prohibant l'emploi des instruments à son éclatant dans l'intérieur de la ville (10 avril 1930, *Derome*, *Rec.*, p. 417) et sans avoir égard aux circonstances de lieu et de temps ; interdisant d'une manière générale et absolue la distri-

bution de tous les écrits, de quelque nature qu'ils soient, dans tous les endroits où se trouve une certaine affluence du public (30 novembre 1928, S., 29-3-1) ;

interdisant d'une manière générale et absolue tout dépôt de fumier dans la commune (18 février 1931, *Annales des J.P.*, 1932, p. 410)... etc... (Voir aussi 22 mars 1935, D.H., 1935-367).

Enfin le Conseil d'Etat s'appuie parfois sur des présomptions que l'expérience lui a permis de dégager, laissant à la partie qui lui soumet l'acte, ou à l'administration, le soin de faire tomber cette présomption.

Ses procédés de contrôle de la légalité en matière de police des cultes illustrent particulièrement cette méthode¹. Pendant longtemps il a fait une place à part aux processions qu'il frappait d'une présomption irréfragable de danger pour l'ordre public. Jusqu'en 1920 il n'avait annulé aucune décision de police interdisant les processions. Etaient cependant exceptées de cette présomption les processions traditionnelles dont le caractère prouvait irréfragablement à lui seul, selon le Conseil, qu'elles n'étaient pas dangereuses pour l'ordre public (1^{er} mai 1914, *Abbé Didier, Rec.*, p. 515 ; 10 août 1917, *Baldy, Rec.*, p. 637, S., 1918-1919-3-9). Actuellement, par une évolution profonde, il attache à toutes les processions une présomption simple : de danger si elles ne sont pas traditionnelles, de tranquillité si elles sont traditionnelles. La légalité d'une mesure de police dépendra donc suivant le cas, de la preuve qu'apportera le requérant que la procession non traditionnelle interdite était *en fait* inoffensive pour l'ordre public ou de la preuve qu'apportera l'administration que, *étant donné*

1. Teitgen, *op. cit.*, p. 277 et suiv. ; Hauriou, *op. cit.*, p. 540 et la note.

les circonstances, la procession traditionnelle risquait d'amener des troubles. Sinon le Conseil s'en tiendra à sa présomption (10 juin 1931, *Abbé Crétin, Rec.*, p. 606 ; 13 janvier 1932, *Dumont, Rec.*, p. 36 ; 15 novembre 1933, *Venon, Chiron et autres, Gaz. Pal.*, 34-1-262).

B. *La jurisprudence de la Cour de cassation*

L'étude des conditions que doit remplir un acte de police pour être, par son objet, conforme au droit nous a révélé une profonde divergence entre les jurisprudences judiciaire et administrative. Nous avons vu, en effet, que la Cour de cassation, à l'inverse du Conseil d'Etat, n'admet pas que le juge des contraventions apprécie la valeur des motifs d'ordre public de la décision de police et cherche à déterminer si les exigences de cet ordre public ont été, en fait, conciliées avec les libertés individuelles visées par la décision.

Il était inévitable que la même rigueur fût apportée par la Cour suprême dans l'examen des conditions de légalité des actes de police quant à leur but. Le délinquant, poursuivi en simple police pour infraction à un arrêté ne peut pas plaider l'inexistence, en fait, des motifs d'ordre public.

Est-ce à dire que la Cour de cassation admet que cette inexistence ne vicie pas, en principe, l'acte de police et qu'elle se borne à faire dépendre la légalité de cet acte de l'observation des règles de compétence et de forme ? Ce serait mal interpréter sa pensée. La Cour admet que le juge de simple police retienne le détournement de pouvoir comme cause d'illégalité de l'acte. Mais elle enserme ce droit dans des limites très étroites, si étroites que, dans la majorité des cas, il ne trouve pas le moyen

de s'exercer. Elle interdit, en effet, au juge toute recherche extérieure à l'acte. C'est dans les termes de l'acte que celui-ci doit rechercher le détournement de pouvoir. Si le détournement résulte des formules mêmes employées par l'arrêté, s'il est évident, le juge doit le sanctionner en refusant de condamner le prévenu. Nombreux sont les arrêts où la Cour a refusé de casser des jugements de relaxe ainsi motivés (Voir Cr., 27 juillet 1893, D., 94-1-197; 7 février 1903, D., 03-1-104; 24 avril 1913, D., 14-1-47; 26 janvier 1924, D.H., 24-165; 16 avril 1935, D.H., 1935-319). Mais, il ne faut pas s'y tromper, dans tous ces jugements le Tribunal de simple police avait examiné, non pas les faits mais les dispositions des arrêts.

« Attendu que *ses dispositions* établissaient qu'il (l'acte de police) avait été pris en vue des intérêts financiers de l'Etat et du département » (Cr., 16 janvier 1924 précité).

« Attendu que le juge de simple police, sans contester que ledit arrêté ait été pris dans les limites des attributions du maire a estimé qu'il pouvait examiner si *ses dispositions* n'étaient pas contraires à certains principes généraux, tels que la liberté de l'industrie et le respect de la propriété; qu'il a considéré que, dans le cas particulier, le maire ne pouvait faire dépendre l'autorisation de bâtir du règlement préalable d'une question de déversement d'eaux résiduaires litigieuses depuis des années, et que, considéré sous ce point de vue, le refus du magistrat municipal prenait le caractère d'une mesure vexatoire (D.H., 1935-319 précité).

Mais si l'arrêté de police ne prouve pas par lui-même l'inexistence de motifs d'ordre public, la Cour refuse au

Le juge de police le droit d'en déclarer l'illégalité en se basant sur ce que le dossier aurait fait apparaître cette inexistence ou en s'appuyant sur la portée par trop générale et absolue du règlement ou enfin, en utilisant des présomptions analogues à celles dont se sert le juge de l'excès de pouvoir, tous procédés qui, nous l'avons vu, sont largement admis et employés par le Conseil d'Etat statuant soit sur recours pour excès de pouvoir soit sur recours en appréciation de validité.

Deux affaires ont particulièrement fait ressortir cette divergence de jurisprudence.

Dans l'affaire Olivier, le maire de Sens avait, par arrêté en date du 6 janvier 1907, interdit toute pompe religieuse dans les cortèges funèbres, en reproduisant, à quelques adoucissements près, un précédent règlement municipal. La Cour de cassation, saisie de la légalité du premier règlement à la suite d'une contravention commise par l'abbé Olivier à l'occasion d'un enterrement, le déclara une première fois légal (Cr., 26 avril 1907, S., 09-1-60), cassa le jugement qui avait relaxé le prévenu pour le motif d'illégalité du règlement, puis, sur pourvoi contre le jugement du tribunal de renvoi (pourvoi fondé sur des moyens différents) affirma à nouveau la légalité du règlement municipal « comme ayant été pris dans les attributions de l'autorité municipale » (Cr., 28 février 1908, S., 09-1-60). Or, par arrêt du 19 février 1909 (*Rec.*, p. 181) le Conseil d'Etat saisi d'un recours pour excès de pouvoir dirigé par l'abbé Olivier contre le premier règlement (plus sévère que le second) appliqua sa jurisprudence, précédemment examinée, sur les cortèges funèbres et annula ce règlement.

L'affaire Beaugé est tout aussi typique. L'art. 69 du

règlement général de Biarritz, en date du 1^{er} août 1904, interdisait « aux personnes qui veulent se baigner, de s'habiller ou de se déshabiller sur les plages ou falaises ou en tout autre lieu que les établissements de bains ». Condamné pour infraction à ce règlement le sieur Beaugé en contesta la légalité devant la Cour de cassation qui, par arrêt du 6 juin 1924 (*Gaz. Pal.*, 1924-2-230) rejetta son pourvoi. « Attendu, dit-elle, que cet article renferme des dispositions propres à assurer le bon ordre et la décence sur les plages de Biarritz réservées pour les bains de mer ; que ces dispositions édictées par l'autorité municipale, dans la limite de ses pouvoirs, ont été prises légalement... ». Le même art. 69, attaqué pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat par le sieur Beaugé, fut annulé par arrêt du 4 juillet 1924 (*Gaz. Pal.*, 24-2-236) comme ayant, d'une part, été pris dans l'intérêt financier de la commune — ainsi qu'il résultait des pièces du dossier — et comme édictant, d'autre part, « une prescription qui aurait pour effet d'interdire aux baigneurs de s'habiller ou de se déshabiller en un point quelconque du rivage, quels que soient son éloignement des habitations, sa fréquentation ou la disposition naturelle des lieux et même dans les habitations particulières ».

* * *

Ces deux jurisprudences sont inconciliables. Il ne peut y avoir qu'une légalité et l'esprit se refuse à admettre qu'un acte soit légal ou illégal suivant la juridiction qui l'examine. Tel est pourtant le résultat que la divergence entre la Cour de cassation et le Conseil d'Etat amène en pratique. Nous en connaissons la raison profonde. Pour la Cour suprême, la recherche dans les faits et en

dehors des dispositions de l'acte, de l'existence ou de la valeur des motifs d'ordre public sur lesquels toute décision de police doit cependant reposer, implique non pas un contrôle de la *légalité* de l'acte mais un contrôle de son *opportunité* et par là-même doit être abandonnée à l'appréciation discrétionnaire de l'autorité administrative au nom du principe de la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire.

Cette théorie apparaît, à l'examen, bien fragile. L'administration n'a pas, en effet, de pouvoir discrétionnaire en matière de police¹. Rappelons que le pouvoir discrétionnaire, c'est « la libre appréciation par l'administration de l'opportunité de son activité » (Bonnard, *op. cit.*, p. 57). Quant à l'opportunité de cette activité, pour reprendre la définition précise de M. Marc Réglade (*op. cit.*), c'est « l'ensemble des circonstances non prévues par le droit et qui sont laissées à l'appréciation de celui qui fait l'acte » c'est-à-dire « 1^o les motifs de l'acte ; 2^o la possibilité pour l'administrateur en présence de certains motifs d'agir de la façon qu'il juge bon ou même de s'abstenir ; 3^o le choix du moment ».

Les motifs d'un acte ne coïncident pas avec son but. Ce sont « les faits antécédents qui ont été la cause occasionnelle de l'acte » tandis que le but c'est « la cause finale de l'acte dont les motifs ne sont que la cause occasionnelle » (Marc Réglade, *op. cit.*).

Au pouvoir discrétionnaire s'oppose la compétence liée par laquelle « la loi ou le règlement font une obligation à l'administration d'agir ou de ne pas agir d'une certaine façon et à un certain moment » (Bonnard, *op. cit.*, p. 58).

1. Marc Réglade, *op. cit.*, chap. V ; Teitgen, *op. cit.*, p. 497 et suiv.

Or, en matière de police générale, la loi a enlevé l'élément « motifs » (et cet élément seulement) de l'opportunité au pouvoir discrétionnaire de l'autorité investie de la compétence de police.

Les motifs de la décision de police, nous le savons, sont tout désordre ou toute menace de désordre susceptible de compromettre la tranquillité, la sécurité ou la salubrité publiques.

La compétence de police est, pour rester dans le cadre tracé par M. Marc Réglade, une compétence liée du premier degré, en ce sens que, si l'administrateur est libre d'agir, de s'abstenir ou de choisir son moment, il ne peut exercer son activité que pour des motifs d'ordre public.

Or ces motifs sont prévus par la loi, il n'y a qu'un ordre public, celui que définit l'art. 97 de la loi du 5 avril 1884. Ils sont donc, *à fortiori*, une condition de la légalité des actes de police et n'ont plus rien à voir avec leur opportunité.

Comment soutenir, dans ces conditions, que le juge examine une question d'opportunité lorsqu'il s'applique à contrôler l'existence ou la valeur des motifs d'ordre public sur lesquels s'appuie une décision de police ?

On nous dira qu'il faut prendre l'opportunité, comme l'entend la Cour suprême, dans son sens le plus large, c'est-à-dire dans un sens politique. Nous ne le croyons pas ; les jugements de simple police qui ont été soumis à la censure de la Cour n'avaient pas eu, pour la plupart, à trancher des questions d'opportunité au sens politique mais des litiges portant sur la valeur ou l'existence de motifs d'ordre public, c'est-à-dire sur l'opportunité de décisions, au point de vue juridique.

D'ailleurs, le Conseil d'Etat, lui-même, s'interdit l'examen des questions d'opportunité générale des actes administratifs.

En définitive, s'il y a inexistence (intentionnelle ou non) de motifs d'ordre public, la mesure de police est illégale. Et si les motifs sur lesquels elle s'appuie sont insuffisants, c'est-à-dire si une équitable conciliation n'est pas obtenue entre les nécessités de l'ordre public et les lois qui garantissent les libertés individuelles, ce que M. le Commissaire du Gouvernement Teissier appelle « un dosage équitable des sacrifices »¹, alors, nous l'avons étudié précédemment en son lieu et place, il y a également violation de la loi. Il y a même double violation car, d'une part, l'ordre public défini par l'art. 97 risque d'être compromis par une mesure trop brutale et, d'autre part, cette mesure a touché à une liberté individuelle qui est garantie par la loi sous réserve, mais sous cette réserve seulement, des exigences de l'ordre public.

Mais une objection sérieuse vient immédiatement à l'esprit. En admettant que le contrôle des motifs d'ordre public d'une décision de police soit un contrôle de légalité et non d'opportunité, le juge de police a-t-il le droit, comme le Conseil d'Etat, d'apprécier les circonstances qui ont amené l'autorité administrative à prendre une mesure de police afin de s'assurer de la réalité ou de la valeur des motifs d'ordre public ?

Le problème posé par la jurisprudence de la Cour de cassation, présente, on le voit deux branches. Nous avons bien examiné la première dans les lignes précédentes mais à quoi servirait-il de démontrer que la recherche et

1. Arrêt Marc précité.

l'examen des motifs d'une décision de police se ramènent à une question de légalité si, au nom du principe de la séparation des pouvoirs, on retirait cette compétence au juge de police pour la confier uniquement au juge de l'excès de pouvoir ?

Telle est pourtant la solution à laquelle se rangent notre Cour suprême et une bonne partie de la doctrine. Le juge de police qui voudrait apprécier les circonstances qui ont amené la décision de police, devrait, dit-on, se mettre « à la place » de l'autorité de police, scruter les mobiles qui l'ont guidée en fait. Une telle substitution constituerait une grave violation au principe de la séparation des pouvoirs « Chaque fois que le Conseil d'Etat, écrit M. Chalvon-Demersay, (*op. cit.*, p. 105) se penchera vers les faits, examinera les circonstances, opérera des investigations matérielles, il agira de façon toute préparatoire et n'effectuera pas vraiment œuvre de juge. Il semble qu'il y ait bien plutôt là exercice préalable d'un haut pouvoir hiérarchique ».

Il est évident que si l'on considère l'examen des faits non plus comme l'exercice de la fonction juridictionnelle mais comme un attribut de la fonction administrative, la jurisprudence de la Cour de cassation paraît toute naturelle.

Les conclusions des Commissaires du Gouvernement dans les affaires *Marc, Olivier* et *Baldy*, déjà plusieurs fois citées, semblent bien confirmer cette interprétation du principe de la séparation des pouvoirs. « Vous appréciez au fond, dit le Commissaire du Gouvernement dans l'affaire *Baldy*, les nécessités de l'ordre public. Vous faites pénétrer plus avant que la Cour de cassation dans le corps de l'arrêté votre droit de censure et votre pouvoir

de mise à néant. Vous, qui êtes appelé à jouer un peu le rôle de supérieur hiérarchique des autorités administratives, vous devez rechercher jusqu'à quel point les prescriptions des arrêtés municipaux sont légales et à partir de quel moment elles deviennent abusives ».

On a vivement contesté, à juste titre selon nous, une pareille conception. M. Marc Réglade la qualifie « inexacte et dangereuse ». « Inexacte, dit-il, car la notion de contentieux est contradictoire avec la notion d'opportunité. Lorsque le juge statue au contentieux, fait un acte juridictionnel, il résoud essentiellement une question de droit ». « Dangereuse, ajoute-t-il, car elle aboutit à la confusion de l'administration active et des juridictions. L'effort du ^{xix}^e siècle a été de dégager le recours pour excès de pouvoir en tant que recours contentieux du recours hiérarchique. Dans le recours hiérarchique, l'administration supérieure examine la question de droit et d'opportunité ; dans le recours pour excès de pouvoir à l'heure actuelle, le juge ne peut examiner que la question de droit, sans quoi il empiète sur le domaine de l'administration active. Si on dit, comme certains Commissaires du Gouvernement, que le Conseil d'Etat au contentieux joue un peu le rôle d'un supérieur hiérarchique, l'évolution nouvelle du recours pour excès de pouvoir dans cette nouvelle étape n'est pas un progrès mais une régression ; elle marque une tendance à confondre de nouveau le recours contentieux et le recours hiérarchique ... ». Le savant auteur exprime, mieux que nous ne pourrions le faire, les raisons qui font du Conseil d'Etat un juge à toute hauteur de la procédure ; et il nous paraît impossible de scinder cette procédure en deux phases : la phase préparatoire où le

Conseil, jouant le rôle de supérieur hiérarchique, examinerait les faits, la phase contentieuse où, les faits étant tenus pour « constants », il jugerait.

En matière de police les faits et le droit ne font qu'un ; lorsque le Conseil d'Etat soupèse les faits, il évalue en même temps la légalité de l'acte de police. A aucun moment il ne fait acte d'administrateur. Bien mieux, on ne peut même pas dire qu'il est sorti de son rôle de juge du droit, et du droit seulement, pour adopter celui de juge du fait, et les reproches qui ont pu lui être adressés en d'autres matières à ce sujet sont immérités ¹ quand il s'agit de la recherche de la légalité des actes de police. Il examine le Fait parce que le Fait recèle le Droit, de la même manière que la Cour de cassation examine le Fait en matière de contributions indirectes et de brevets d'inventions.

Son souci de ne pas empiéter sur l'administration active ressort d'ailleurs de la manière dont il contrôle les motifs sur lesquels repose l'acte attaqué. Il utilise pour cela les pièces versées aux débats, par exemple, la correspondance qui a précédé ou suivi l'acte, les instructions ou observations des supérieurs hiérarchiques, s'il en existe ; il utilise également les circonstances de la cause susceptibles de déterminer sa conviction ; parfois même son contrôle peut aller jusqu'à l'examen sur place des faits dont dépend la légalité de l'acte (V. ses arrêts en matière de perspective monumentale : *Gomel*, 4 avril 1914, *Wiriol*, 1^{er} août 1914, cités dans tous les recueils de droit administratif) ; mais jamais il ne s'arroge le droit de faire comparaître devant lui les administrateurs actifs pour rechercher les mobiles qui ont déterminé leurs actes.

1. Chalvon-Demersay, *op. cit.*, p. 99.

Dans ces conditions pourquoi dénier au juge de police de la légalité une compétence qu'on reconnaît au juge administratif de la légalité ? Il n'y a qu'une légalité, avons-nous dit, et, dans la majorité des décisions de police elle ne peut être constatée que par l'examen des faits. Retirer au juge de police ce droit d'examen, n'est-ce pas l'empêcher d'exercer une compétence que l'art. 471 n° 15 lui reconnaît formellement ? N'est-ce pas renverser, au profit de l'administration, la hiérarchie qu'on reconnaît en principe entre le droit pénal et le droit administratif et admettre que, dans tous les cas où l'illégalité de l'acte ne ressort pas du texte, la règle fondamentale *nullum crimen sine lege* doit s'effacer devant une application douteuse du principe de la séparation des pouvoirs ?

Application douteuse, disons-nous. Il est faux de prétendre, en effet, que l'examen du fait par le juge de police constituerait une procédure inquisitoriale intolérable à l'égard de l'administration et un empiètement sur la fonction administrative.

Ce n'est pas une procédure inquisitoriale car le juge de police, pas plus que le Conseil d'Etat, ne se reconnaît le droit de citer les administrateurs à sa barre, de leur adresser des injonctions ou de leur tracer une ligne de conduite pour l'avenir. L'art. 127 du Code pénal l'en empêcherait.

Ce n'est pas un empiètement sur la fonction administrative car, en examinant la validité d'un acte administratif, le juge ordinaire (remarquons que le raisonnement s'applique à la matière civile comme à la matière répressive) ne viole en rien les textes révolutionnaires qui lui défendent de *troubler* les actes de l'administration ou *d'en connaître*. Le contrôle de la légalité de ces actes est

même une des manifestations de la fonction juridictionnelle qui devrait le moins exciter la méfiance de l'administration.

L'acte juridictionnel comporte généralement deux éléments : une constatation et une décision. Pour le juge du fait, la constatation portera d'abord sur les faits, puis sur les règles de droit qui s'appliquent à ces faits. Pour le juge du droit (Conseil d'Etat statuant sur recours pour excès de pouvoir ou en appréciation de validité, Cour de cassation, tribunaux judiciaires statuant sur l'exception d'illégalité) les faits sont, en principe, tenus pour constants et la constatation portera uniquement sur la conformité de l'acte juridique à la loi, sauf, nous venons de le voir, dans les cas où il est impossible de confronter l'acte à la loi sans passer par l'intermédiaire des faits.

Quant à la décision, elle n'est qu'un élément accessoire de l'acte juridictionnel. Il est impossible de concevoir une décision juridictionnelle sans une constatation préalable. Il existe, au contraire, des cas où l'acte juridictionnel comporte une constatation sans décision. C'est lorsque le juge statue sur l'exception d'illégalité. « Statuer sur l'exception d'illégalité, écrit M. Bonnard, (*op. cit.*, p. 83) constitue assurément un acte juridictionnel puisqu'il y a contestation sur la légalité d'un acte. Or, si l'acte est illégal, la constatation de l'illégalité et de la non-valeur de l'acte est formulée simplement en vue d'établir que l'acte ne doit pas recevoir d'application dans l'affaire en cause. Il ne s'agit pas de prononcer son annulation. On est en présence d'un acte juridictionnel sans décision et qui ne comporte qu'une constatation ».

Il est donc paradoxal que, dans une matière où le rôle

du juge ordinaire est le plus inoffensif pour l'indépendance de l'administration, la Cour suprême suit une ligne de conduite aussi étroite et aussi rigide alors que, dans un domaine où la puissance publique est particulièrement intéressée, le contentieux des contributions indirectes, elle s'est départie de la rigueur de ses principes. Et ce paradoxe apparaît encore davantage quand on sait que, pour les actes de police qui restreignent l'exercice de la propriété privée la Cour, abandonnant complètement son système, autorise le juge de simple police à procéder à l'examen des faits qui ont motivé la décision qu'on lui demande de sanctionner d'une peine, pour en apprécier la légalité. La Cour de cassation s'est donnée là un éclatant démenti car, s'il est exact de dire qu'elle est la gardienne naturelle de la liberté de propriété privée, il est encore plus exact de lui attribuer ce même rôle à l'égard de toutes les libertés individuelles.

Il n'y aurait que demi-mal à cette divergence entre les jurisprudences administrative et judiciaire si l'individu, poursuivi en simple police pour infraction à un arrêté, pouvait porter devant le Conseil d'Etat, par le recours incident en appréciation de validité, l'acte auquel il a contrevenu. Beaucoup de juges cantonaux, conscients de l'étroitesse de la jurisprudence de la Cour de cassation et désireux de ne pas sanctionner des arrêtés (surtout en matière municipale) qu'ils savaient pertinemment entachés d'excès de pouvoir s'étaient prêtés, et se prêtent encore, à cette pratique en sursoyant à juger jusqu'à ce que le Conseil d'Etat se soit prononcé. Nous avons étudié cette question au début de ce chapitre, et nous savons que, si le Conseil d'Etat a largement accepté que

de tels recours lui fussent soumis, la Cour de cassation, au contraire, casse impitoyablement ces jugements de sursis : « Attendu, dit-elle, que le juge répressif, a le droit et le devoir d'examiner la légalité de l'acte administratif auquel il a été contrevenu ». Ainsi les moyens de défense de l'individu contre l'arbitraire de l'administration sont-ils singulièrement réduits en pratique. S'il veut bénéficier de la jurisprudence si libérale du Conseil d'Etat il n'a, en fait, que la voie du recours pour excès de pouvoir. Mais autant l'exception d'illégalité est une arme légère, peu coûteuse et à la portée de tous les justiciables, autant le recours pour excès de pouvoir est une procédure sinon coûteuse, du moins longue et imposante. Quant au recours en appréciation de validité, dans les cas où il a été admis par le juge de police, il présente tous les inconvénients du recours pour excès de pouvoir avec les circonstances aggravantes qu'il n'est pas dispensé d'avocat et qu'il ne bénéficie pas des avantages fiscaux de ce dernier.

Ce n'est pas tout. La divergence entre nos jurisprudences administrative et judiciaire a engendré certaines solutions qui risquent d'être la source de complications fâcheuses pour les libertés individuelles.

En effet, contrairement à ce qui se passe pour les décisions d'annulation rendues sur recours pour excès de pouvoir, le Conseil d'Etat n'attache qu'une autorité relative aux arrêts par lesquels, à la suite d'un recours incident en appréciation de validité, il déclare un acte administratif entaché d'illégalité.

Lorsque, refusant de se plier à la jurisprudence de la Cour de cassation, un juge de simple police a consenti à surseoir à la condamnation jusqu'à ce que le Conseil

d'Etat ait apprécié la validité de l'acte auquel il a été contrevenu, la déclaration d'illégalité prononcée par le Haut Tribunal administratif ne devrait avoir effet, semble-t-il, que dans l'instance en cours devant le Tribunal cantonal.

Sur ce point encore la Cour suprême s'est séparée du Conseil d'Etat dans un arrêt du 4 décembre 1930 (D.P., 31-1-33).

Le juge de paix du canton de Saint-Amans-Soult, par jugement du 25 juin 1920, avait sursis à statuer sur une contravention à un arrêté municipal en date du 31 mai 1904, relevée contre l'abbé C., jusqu'à ce qu'il eût été prononcé par le Conseil d'Etat sur la validité de cet arrêté. A la suite d'une nouvelle contravention au même arrêté, un jugement du Tribunal de police avait prononcé une condamnation avant que fût rendue la décision du Conseil d'Etat. Celle-ci étant intervenue ultérieurement et ayant déclaré l'arrêté entaché d'illégalité, pourvoi en cassation fut interjeté contre le jugement de condamnation. La Cour suprême, contrairement aux conclusions de M. le Conseiller rapporteur Bourdon, jugea que l'arrêt du Conseil d'Etat, s'il n'avait pas annulé l'arrêté municipal, lui avait du moins « enlevé le caractère d'un règlement légalement pris au sens de l'art. 471 n° 15 », et, la base de la condamnation ayant disparu, cassa sans renvoi.

Ainsi donc, la Cour de cassation attache une autorité absolue à un arrêt du Conseil d'Etat alors que ce dernier n'attribue à sa déclaration d'illégalité que l'autorité relative de l'art. 1351 du Code civil ! Solutions discordantes d'où peuvent naître les situations les plus embarrassantes.

Supposons, hypothèse fort réalisable, qu'un maire ait fixé à 10 kilomètres à l'heure la vitesse maxima des

automobiles dans sa commune. Un conducteur commet une première contravention à cet arrêté et est condamné en simple police. Sur pourvoi en cassation la Cour déclare l'arrêté légal « comme ayant été pris dans les attributions du maire » et déclare que le juge de police a bien motivé sa décision en se refusant à examiner s'il existait en fait des passages particulièrement dangereux dans la ville pouvant justifier l'arrêté municipal¹. Sur une deuxième contravention pour excès de vitesse le prévenu obtient un jugement de sursis pour lui permettre de saisir le Conseil d'Etat de la validité de l'arrêté. Le Haut Tribunal déclare l'arrêté entaché d'illégalité car il a été établi que la commune ne comportait pas de parcours d'une sinuosité particulière ni de rues spécialement encombrées et que la limitation de vitesse était donc exagérée². Que fera le juge de police si on poursuit devant lui une troisième contravention pour excès de vitesse commise par le même individu ? L'acte est toujours debout, ne l'oublions pas, le juge se trouvera partagé entre deux décisions en sens contraire émanant respectivement de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat. S'il se conforme à la jurisprudence de l'arrêt du 4 décembre 1930 précité, on assistera à ce phénomène nouveau de la jurisprudence d'un tribunal judiciaire réglée par celle du Conseil d'Etat contradictoirement à une décision de principe de la Cour de cassation, sur la légalité d'un acte de police. Et si, au contraire, il condamne le prévenu et que ce dernier dépose un pourvoi en cassation, la Cour suprême sera obligée ou bien de se déjuger sur son premier arrêt ou bien de revenir sur son arrêt du 4 décembre 1930.

1. Voir en ce sens, Cr., 11 mars 1927, S., 28-1-335.

2. Voir en ce sens, C.E., 6 mai 1932, *Gaz. Pal.*, 32-2-229.

Tout ceci est extrêmement compliqué et deviendrait inextricable si, sur un nouveau recours en appréciation de validité, le Conseil d'Etat était amené, comme cela lui serait possible, à revenir sur sa première déclaration d'illégalité !

En réalité, l'arrêt du 4 décembre 1930 semble marquer une nouvelle concession du pouvoir judiciaire au profit de la juridiction administrative. Il n'y a plus qu'un pas à franchir pour que cette concession devienne une véritable abdication, c'est d'admettre que les juges de police puissent surseoir à statuer pour permettre au prévenu de saisir le Conseil d'Etat par le recours en appréciation de validité. La tendance que marque l'autorité judiciaire à se décharger des litiges qui intéressent l'administration nous fait craindre que ce pas ne soit un jour franchi.

Combien aurait-il été préférable de recourir à la seule solution qui soit vraiment juridique et pratique, à savoir l'attribution au juge de police de la plénitude de la fonction juridictionnelle pour tout ce qui concerne le contrôle de la légalité des actes administratifs !

Mais ce vœu risque d'être stérile. L'évolution de notre droit est, pour reprendre l'expression de M. le doyen Larnaude, « entièrement dirigée contre le pouvoir judiciaire ». Le principe de la séparation des pouvoirs est devenu hypertrophique et a pénétré dans des domaines où il n'aurait jamais dû être admis. Tel est le cas pour l'exception d'illégalité. Nous venons de voir les fâcheux résultats qui en sont résultés. L'art. 471 n° 15 du Code pénal a cependant apporté, en principe, une barrière infranchissable au dépouillement complet du pouvoir judiciaire de ses prérogatives en cette matière. Nous allons constater qu'il n'en est pas de même en matière non répressive.

CHAPITRE IV

LE CONTROLE DE LA LEGALITE DES ACTES ADMINISTRATIFS EN MATIERE NON REPRESSIVE

Les limites du domaine de l'exception d'illégalité en matière civile ou commerciale ont été déterminées jusqu'à l'arrêt *Septfonds* par la fameuse distinction entre les actes administratifs réglementaires et les actes individuels.

Il est assez curieux de constater que ce partage établi à l'origine pour les affaires répressives ne se soit ensuite maintenu que dans le domaine non répressif. L'art. 471 n° 15 n'est pas cause de cette différence puisqu'il n'a fait que consacrer la jurisprudence antérieure ; il a seulement cristallisé pour l'avenir les solutions de cette jurisprudence en matière de police. Le régime de défaveur auquel est soumise l'exception d'illégalité lorsqu'elle est soulevée ailleurs que devant le juge répressif est donc uniquement d'origine prétorienne.

Des fondements de la jurisprudence au moment de l'arrêt Septfonds

Les solutions de la jurisprudence étaient basées sur deux arguments : 1° la nature quasi-législative du règle-

ment ; 2° le principe de la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire.

1° *La nature quasi-législative du règlement* : Dans de multiples arrêts la Cour de cassation semble voir dans les règlements des actes de législation secondaire et en déduit l'obligation, pour le juge, d'en interpréter le sens et d'en apprécier la légalité conformément à l'art. 4 du Code civil.

« Attendu, dit-elle, que le règlement..... ne constitue pas un acte administratif spécial et individuel dont l'interprétation échappe à la compétence des tribunaux ordinaires mais des dispositions générales rendues en vertu du pouvoir réglementaire de l'administration, qu'ils participent ainsi du caractère de la loi, qu'il appartient dès lors à l'autorité judiciaire, non seulement de les appliquer quand leurs dispositions sont claires et précises, mais aussi d'en interpréter le sens et d'en apprécier la légalité quand cette interprétation est nécessaire pour résoudre un litige dont l'autorité judiciaire est complètement saisie » (Cass., 14 août 1877, D., 78-1-9 ; 11 août 1890, D., 91-1-17 ; 24 octobre 1917, S., 19-1-194 ; 14 février 1922, S., 22-1-241 etc...).

Le Tribunal des Conflits, dans son arrêt *Septfonds* adopte la même formule : « Attendu que l'arrêté du s'il constitue un acte administratif en raison du caractère des organes dont il émane et si, dès lors, il appartient à la juridiction administrative seule d'en contrôler la légalité, il participe de l'acte législatif puisqu'il contient des dispositions d'ordre général et réglementaire... » (D., 1924-3-41).

Ces formules cadrent avec l'école de M. Duguit qui affirme que les règlements sont des actes administratifs

seulement au point de vue formel et qu'au point de vue matériel, ce sont des lois. Mais le reste de la doctrine leur a fait un accueil des plus réservés.

M. Berthélémy se refuse même à voir dans de pareils arrêts une adhésion à la thèse de M. Duguit (Voir son article « La Loi et le Règlement » dans *Mélanges Hauriou*, p. 821 et suiv. ainsi que son *Précis élémentaire de droit administratif*, 12^e édition, p. 126). « Ne dites pas, écrit le savant auteur, (*op. cit.*, p. 821), que les seules différences entre lois et règlements consistent dans la qualité et dans la compétence de l'organe qui les édicte. Le caractère propre de la loi ne réside ni dans sa généralité, ni dans l'impersonnalité des ordres qu'elle donne ; il consiste dans le fait qu'elle est considérée comme l'expression de la volonté nationale. On n'en saurait dire autant du règlement, expression de la volonté des administrateurs ».

« Cette tendance confusionniste, écrit Hauriou, (*Précis de droit administratif*, 10^e édition, p. 55) ne répond pas à la réalité des choses. D'une part, elle ne tient pas compte de l'histoire. L'ordonnance royale, qui était un règlement, est bien antérieure à la loi votée par les représentants de la nation... D'autre part, la subordination des règlements à la loi se traduit par le fait de l'illégalité des règlements. Du moment que des règlements peuvent être déclarés illégaux, c'est qu'ils ne sont pas des lois, car des lois ne sauraient pas être illégales » et, dans sa note de la page 55, il précise, rejoignant entièrement la thèse de M. Berthélémy : « Ils (la loi et le règlement) n'ont pas le même esprit, la loi est une règle de droit établie dans un esprit de liberté et c'est pour cela qu'elle est établie par les représentants de la nation ;

le règlement est une règle de droit établie dans un esprit d'autorité gouvernementale, car elle est rédigée sans la participation des représentants directs de la nation ».

« En France, écrit M. Appleton (note sous D., 1921-1-49), la seule base politique du pouvoir réglementaire du Chef de l'Etat se trouve dans l'art. 3 de la Constitution du 25 février 1875, aux termes duquel le Président de la République surveille et assure l'exécution des lois. Ces termes mêmes marquent une différence profonde entre la loi et le règlement, ce dernier n'intervenant que pour assurer l'exécution de la première ».

Laferrière avait vu que les conclusions que l'on prétendait tirer des formules de notre jurisprudence auraient dû conduire à une solution diamétralement opposée à celle qui était admise, avant l'arrêt *Septfonds*, sur l'exception d'illégalité en matière réglementaire « Si l'assimilation qu'on a quelquefois proposée entre les actes réglementaires et les lois était vraie il en résulterait une conclusion toute différente de celle qu'on en a tirée. Les tribunaux ne pourraient pas alors refuser d'appliquer le règlement sous prétexte d'illégalité, pas plus qu'ils ne peuvent refuser d'appliquer les lois sous prétexte d'inconstitutionnalité. On sait, en effet, que le juge français — à la différence du juge américain qui a le droit de mettre la constitution au-dessus de la loi et de considérer celle-ci comme non avenue si elle viole les lois fondamentales de l'Union ou d'un Etat — est toujours tenu d'appliquer les décisions du pouvoir législatif régulièrement promulguées » (*Traité de la juridiction administrative*, t. I, 2^e édition, p. 483).

Il faut se garder de voir dans l'arrêt *Septfonds* la conclusion d'un raisonnement semblable à celui de Lafer-

rière. Cet arrêt, en effet, retire au juge ordinaire le contrôle de la légalité des règlements *pour le confier au juge administratif*. Il déplace les compétences mais ne les supprime pas. C'est qu'il attribue expressément au règlement le caractère administratif et fonde, en réalité, ses motifs sur le principe de la séparation des pouvoirs.

Il est, en particulier, une catégorie de règlements pour lesquels on comprendrait difficilement les solutions de notre jurisprudence si cette dernière s'était ralliée, comme on le prétend, à la théorie de la nature quasi-législative du règlement. Ce sont les règlements d'administration publique, qui se distinguent des règlements simples en ce que le Président de la République ne peut les prendre que sur l'invitation du législateur, qu'ils doivent être précédés de l'avis (conforme ou non) du Conseil d'Etat, que leur texte doit mentionner cette formalité et qu'ils ne peuvent être modifiés qu'avec la même procédure.

C'est dans l'art. 52 de la Constitution de l'an VIII que se trouve leur origine « sous la direction des consuls, édicte ce texte, un Conseil d'Etat est chargé de rédiger les projets de lois et les règlements d'administration publique, et de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative », par opposition à l'art. 44 qui dispose que « le Gouvernement propose les lois et fait les règlements nécessaires pour assurer leur exécution ».

Cette différence entre les deux sortes de règlements ne fut pas remarquée sous l'Empire, le Chef de l'Etat ayant pris l'habitude de ne rendre aucun règlement sans l'avis préalable du Conseil d'Etat.

Au contraire, sous la Restauration, le pouvoir exécutif, désireux de se soustraire le plus possible au contrôle

juridictionnel réussit à faire prévaloir la distinction suivante : les ordonnances rendues spontanément étaient des actes administratifs contre lesquels l'exception d'illégalité était possible ; les ordonnances rendues après avis du Conseil d'Etat étaient de véritables actes de législation secondaire édictés par le pouvoir exécutif par délégation du pouvoir législatif. Une loi ne pouvant être illégale, ces ordonnances échappaient à tout contrôle de légalité.

Cette distinction fut longtemps consacrée par la jurisprudence. La majorité de la doctrine cependant lui fut toujours hostile car il est faux de prétendre que le pouvoir législatif puisse se déléguer. Si les Chambres ont l'exercice de ce pouvoir, elles n'en ont pas la propriété et doivent l'exercer elles-mêmes.

Le règlement d'administration publique n'est donc pas une loi secondaire mais un simple acte d'administration auquel des formalités spéciales, vu son importance, ont été imposées. La preuve en est qu'il ne peut ni créer des impôts ni édicter des peines. Si la loi est muette, les infractions aux règlements d'administration publique, comme pour tous autres règlements autres que ceux de police, ne sont pas punissables.

C'est à cette solution que la jurisprudence a fini par se ranger. Par un arrêt du 6 décembre 1907 (S., 1908-3-1, *Compagnies des Chemins de fer*, conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement Tardieu) elle a admis la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre les règlements d'administration publique. Déjà d'ailleurs, par arrêt du 13 mai 1872, la Commission provisoire faisant fonction de Tribunal des Conflits avait reconnu aux tribunaux judiciaires le droit de contrôler la légalité de ces règlements (Aff. *Brac de la Perrière*).

De même, pour les règlements portant législation aux colonies, il y aurait encore des raisons plus solides de leur attribuer le caractère législatif. Le pouvoir que tient le Chef de l'Etat de rendre de pareils actes lui vient du sénatus-consulte du 3 mai 1854, l'acte qui avait alors la valeur d'une constitution et qui pouvait donc attribuer à l'autorité administrative une compétence législative. Mais la révolution de 1870 a ramené le sénatus-consulte de 1854 au rôle d'une loi ordinaire. Dès lors les règlements du Chef de l'Etat portant législation aux colonies sont, comme les règlements d'administration publique, rendus sur l'invitation de la loi et n'ont que la valeur d'actes administratifs. Aussi la Cour de cassation a-t-elle reconnu aux tribunaux judiciaires le droit d'en apprécier la validité (28 août 1902, S., 1903-1-489 ; 5 février 1903, S., 03-1-491). Déjà le Conseil d'Etat, sous le Second Empire, alors que ces règlements avaient le caractère législatif, avait admis contre eux l'exception d'illégalité (V. C.E., 28 février 1866, S., 66-3-371 et 28 mai 1868, S., 69-2-158). Par arrêt du 22 décembre 1933 (D.H., 1934-73) il a également déclaré recevable le pourvoi en excès de pouvoir dirigé contre de pareils règlements.

Concluons donc que, si les règlements s'apparentent aux lois par leur caractère général et impersonnel, il ne s'agit que d'une ressemblance de forme et que la jurisprudence ne peut servir d'argument à la partie de la doctrine qui admet l'assimilation de ces actes à la loi.

Une pareille conclusion paraît particulièrement importante lorsque l'on constate la multitude de règlements qui sont pris chaque jour en toutes matières. Sans entrer dans le détail (Consulter Rives, l'*Exception d'illégalité*) rappelons que le pouvoir réglementaire est exercé en

France par le Président de la République, par les ministres (lorsque la loi leur confie expressément cette compétence), par le préfet, par le maire et par les assemblées délibérantes (Conseils municipaux et généraux) ¹. Tous ces actes ont le caractère administratif et ne participent en rien de la loi. La première base que l'on a voulu donner à notre jurisprudence en matière d'exception d'illégalité au moment de l'arrêt *Septfonds* est donc fausse. Reste à examiner la valeur du deuxième argument sur lequel on a fondé la distinction entre les actes administratifs individuels et les règlements.

2° *Le principe de la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire peut-il justifier les solutions de notre jurisprudence en matière d'exception d'illégalité ?* Autant la valeur — et même l'existence — du premier argument invoqué à l'appui de la jurisprudence est contestée par la majorité de la doctrine, autant les auteurs s'accordent, en général, pour voir dans cette jurisprudence une application du principe de la séparation des pouvoirs.

M. Appleton écrit sous D.P., 1921-1-49 (Dagot) « Si le règlement doit être considéré comme une loi, les tribunaux ne peuvent refuser de l'appliquer ni en prononcer l'illégalité. Ce serait violer le principe de la séparation des pouvoirs et la loi des 16-24 août 1790, Titre 2, art. 10 ; et si le règlement doit être tenu pour un acte administratif, les tribunaux ne peuvent davantage en apprécier la légalité car ce serait méconnaître le principe de la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire proclamée par la même loi, Titre 2, art. 13 ». « Ces pouvoirs, ajoute le savant auteur, (le pouvoir d'interprétation et de contrôle

1. Sur la nature juridique et la validité des délibérations réglementaires des assemblées délibérantes. Voir Hauriou, *Précis de droit administratif*, 10^e édit., p. 177 et suiv.

du juge) constituent une dérogation au principe de la séparation des pouvoirs... dérogation fondée sur l'idée que l'utile collaboration des pouvoirs publics exige qu'aucun d'eux n'ait de frontières trop rigides. Chacun des pouvoirs doit avoir la faculté de pénétrer sur le terrain de l'un des autres à l'occasion des actes de sa propre fonction dans la limite où cela est nécessaire pour que cette fonction soit bien et fidèlement remplie. Le principe de la séparation des pouvoirs ne doit pas être entendu dans un sens trop étroitement fonctionnel mais plutôt dans un sens politique ».

Cette dernière affirmation que nous trouvons également chez Hauriou (*Précis de droit administratif*, 10^e édition, p. 875 note 2) semble rencontrer l'adhésion de M. Berthélémy qui écrit « La loi et le règlement », *Mélanges Hauriou*, p. 825) « Avec notre collègue Jean Appleton, je serais assez disposé à tenir pour raisonnable la solution de la Chambre civile, mais en cherchant l'explication ailleurs que dans la nature quasi-législative des règlements ».

Tel paraît bien être le point de vue qui inspire nos tribunaux administratifs et judiciaires, point de vue conforme d'ailleurs aux précédents historiques (Voir, Répertoire de Merlin, *Questions de droit*, 3^e édition, t. V, V. « Préfet », n^o 54).

On estime que refuser au juge ordinaire le contrôle de la légalité de tous les actes administratifs entraverait la bonne marche de la justice qui serait rapidement bloquée si les tribunaux devaient surseoir à statuer chaque fois qu'on soulèverait devant eux l'exception d'illégalité à l'encontre de l'un des multiples actes administratifs qu'ils doivent journallement appliquer.

On se résoud donc à accorder au juge ce droit de contrôle, mais seulement dans un but pratique et dans la mesure où cette violation au principe de la séparation des pouvoirs sera la moins gênante pour l'action administrative. S'agit-il d'un acte individuel ? L'appréciation de sa validité par le juge ordinaire avec, comme corollaire, le droit d'écarter l'acte des débats s'il est reconnu illégal, est considérée comme une immixtion trop grave dans la fonction administrative pour pouvoir être tolérée. L'administrateur a subi le maximum de trouble car le refus par le juge d'appliquer l'acte le neutralise complètement. S'agit-il d'un règlement ? Le refus du juge n'aura effet qu'à l'égard d'une personne, l'acte subsistera à l'égard des autres administrés et rien n'empêchera le juge de rejeter l'exception soulevée une seconde fois par l'un d'eux alors qu'il l'avait précédemment admise. L'acte administratif n'aura été que faiblement troublé. En fait le juge n'aura pas entravé l'action administrative, il se sera refusé à l'aider.

Les seuls cas où le contrôle de la légalité des actes individuels par le juge ordinaire est possible sont ceux que la loi a expressément prévus. Par exemple l'art. 29 de la loi du 30 juin 1838 autorise l'individu à se pourvoir devant le tribunal civil contre l'arrêté du préfet qui, en vertu de l'art. 18 de la même loi, a ordonné son placement d'office dans un établissement d'aliéné. Egalement les tribunaux civils ne peuvent prononcer l'expropriation pour cause d'utilité publique qu'autant que l'utilité publique a été constatée et déclarée dans les formes prescrites par ladite loi (V. art. 2 et 14). Le tribunal vérifiera donc l'existence matérielle : de la déclaration d'utilité publique, de l'arrêté par lequel le préfet dési-

gnera s'il y a lieu (c'est-à-dire si la déclaration d'utilité publique ne l'a pas suffisamment précisé) les territoires sur lesquels les travaux devront s'accomplir et de l'arrêté de cessibilité. Il vérifiera aussi l'existence des formalités préalables à l'arrêté de cessibilité. Son contrôle porte d'ailleurs non pas sur la régularité intrinsèque de ces diverses formalités mais sur leur accomplissement. Il doit prononcer l'expropriation sur la production des pièces constatant qu'elles ont été remplies (art. 14).

* * *

Telle est la base sur laquelle repose uniquement la jurisprudence française sur l'exception d'illégalité devant les tribunaux judiciaires.

Malgré qu'il soit audacieux de se heurter à une doctrine et à une jurisprudence presque unanimes, il nous paraît inexact que le principe de la séparation des pouvoirs ait un rôle quelconque à jouer en cette matière. Que ce principe implique l'existence « de freins et de contre-poids », que « le pouvoir arrête le pouvoir », ce sont des vérités qui sont devenues de véritables truismes, malgré les excès de nos ancêtres révolutionnaires. Mais si ces vérités expriment que chaque pouvoir doit agir sur les autres pour les empêcher de sortir de leurs bornes respectives, elles ne signifient nullement que cette action doive s'exercer autrement que par l'exercice, par chaque pouvoir, de *sa propre fonction*.

Le juge qui refuse d'appliquer un règlement illégal fait-il acte d'administration ? Evidemment non. Il dit le droit, il constate que la loi a été violée par le règlement et il refuse de s'associer à cette violation en se soumettant au règlement. Le juge n'est subordonné

qu'à la loi. L'obliger à appliquer un règlement illégal revient à le subordonner au règlement et constitue un empiétement du pouvoir exécutif sur le pouvoir judiciaire et même sur le pouvoir législatif.

C'est ce que M. Berthélémy affirme avec beaucoup de force dans son *Précis de droit administratif*, 12^e édition p. 28, note 1 « Alors même, dit-il, que l'art. 471 n^o 15 du Code pénal ne contiendrait pas la réserve qu'on y lit dans ces mots « légalement faits » elle résulterait de ce principe de bon sens qu'en tenant pour efficace un règlement illégalement fait le tribunal violerait précisément la loi d'où se déduit l'illégalité de ce règlement. Les juges de police qui refusent de prononcer une amende pour violation d'un règlement illégal, n'empiètent pas sur le rôle de l'administration, ils ne font ni ne défont le règlement ». Nous ne voyons pas pourquoi ce raisonnement ne s'appliquerait qu'à la matière répressive et quels nouveaux motifs permettraient de voir dans l'exception d'illégalité en matière civile ou commerciale une entorse nécessaire au principe de la séparation des pouvoirs.

Bien au contraire, nous avons démontré précédemment que, lorsque le juge statue sur la légalité d'un règlement, son jugement se borne à une simple constatation et ne renferme pas de décision. Il n'est apporté aucune modification au droit existant. Le jugement ne peut donc être un acte administratif, acte de volonté essentiellement créateur de situations juridiques nouvelles.

La distinction que l'on cherche à faire entre le trouble plus ou moins grand que le contrôle de la légalité peut apporter à l'action administrative suivant qu'il s'agit d'un règlement ou d'un acte administratif individuel ne correspond pas d'ailleurs à la réalité des faits.

Quand le juge écarte un règlement pour cause d'illégalité, cet acte est en fait blessé à mort. Les moyens d'information modernes, l'attention soutenue avec laquelle la critique et le praticien suivent toutes les manifestations de l'activité juridictionnelle du pays donneront une large publicité à l'acte du juge. Le règlement sera désormais entaché d'une tare que personne n'ignorerait de sorte que, s'il n'a pas été annulé auparavant par le Conseil d'Etat sur recours pour excès de pouvoir, on verra inmanquablement soulever l'exception d'illégalité chaque fois qu'il sera invoqué au cours d'un procès devant un tribunal judiciaire. Et malgré que le second juge ne sera pas lié par le premier jugement, si ce premier jugement a été bien rendu, il y a de fortes chances pour que sa sentence soit la même que la première. Qu'on voie ce qui se passe en Amérique lorsqu'un tribunal a déclaré une loi inconstitutionnelle. Malgré que cette loi subsiste en droit, elle devient caduque en fait.

Si donc on veut voir dans l'exception d'illégalité un empiétement du pouvoir judiciaire sur le pouvoir administratif, il est plus logique de conclure, comme l'a fait le Tribunal des Conflits dans le dispositif de son arrêt du 16 juin 1923, à l'application aux règlements des mêmes règles que pour les actes administratifs individuels.

Mais justement nous nous refusons, quant à nous, à cette immixtion dans le domaine de l'exception d'illégalité, du principe de la séparation des pouvoirs.

Il ne s'agit pas ici de discuter *in abstracto* la valeur et l'étendue de ce principe et de critiquer l'interprétation qui en a été donnée par notre droit positif. Les savantes controverses sur ces questions, malgré l'autorité considérable des auteurs qui les ont alimentées, ont laissé

les partis sur leurs positions respectives et nous n'avons pas la prétention d'ajouter quoi que ce soit à cette matière si fouillée. Plaçons-nous donc devant les faits et acceptons, sans les discuter, les trois règles que notre droit positif a tirées du principe de la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire savoir : 1° L'indépendance absolue et réciproque de l'administration et de l'autorité judiciaire ; 2° L'incapacité technique du juge ordinaire devant les problèmes que soulèvent les litiges administratifs ; 3° La nécessité d'une juridiction administrative distincte de l'administration active.

Nous venons de démontrer que l'acte juridictionnel, en matière d'exception d'illégalité ne peut en rien être comparé à l'acte administratif et ne peut être considéré comme une immixtion du juge dans la fonction administrative.

Cependant, objectera-t-on, la sentence du juge qui refuse d'appliquer un acte administratif, général ou individuel, a pour effet de *troubler* l'action administrative puisqu'elle rend caduc cet acte. L'argument nous paraît spécieux. Si le juge, lorsqu'il tranche un conflit entre la loi et le règlement ou une décision individuelle prend en considération la gêne que sa décision risque d'apporter à l'action administrative, il accorde à l'administration une situation de faveur, vis-à-vis de la loi, qu'aucun texte n'autorise. Et s'il se déclare incompetent il commet un excès de pouvoir car l'incompétence d'un tribunal n'est pas la conséquence des dommages plus ou moins lourds que la décision apportera à l'une des parties ; elle résulte simplement de la nature du litige. Or le juge n'a qu'un litige à trancher, c'est celui qui oppose les deux parties sur le terrain civil ou commercial

(ou pénal lorsque l'une des parties est le Ministère public). L'administration n'est pas partie au litige; elle n'y intervient même pas, comme dans le recours en excès de pouvoir ou le recours en appréciation de validité. Le plaideur qui soulève l'exception d'illégalité n'a comme contradicteur que l'autre plaideur et les arguments des adversaires portent, non pas sur le fond du litige, mais sur un point de droit accessoire que doit résoudre le tribunal pour motiver son jugement. Il y a là pour le juge un acte d'investigation conforme à sa fonction naturelle. La lui retirer c'est l'entraver dans sa mission.

On va nous répondre que cette argumentation reste trop encore dans le domaine de l'abstraction; qu'il y a, à côté du juge ordinaire, le juge administratif; que ce dernier est plus compétent pour examiner les questions où interviennent des problèmes administratifs et qu'il n'y a qu'un supplément de garanties pour l'individu à ce que l'exception d'illégalité soit tranchée par le juge administratif par la voie du recours en appréciation de validité au lieu de l'être directement par le tribunal judiciaire.

Il est permis de douter de la valeur pratique et de la solidité juridique de ces assertions.

Au point de vue pratique d'abord, le recours en appréciation de validité est fort inférieur à l'exception d'illégalité, qui n'occasionne au plaideur que des frais minimes et que le tribunal, saisi de l'action principale tranchera lui-même dans de brefs délais sans grande complication de procédure. Le recours en appréciation de validité, au contraire, oblige le plaideur à mettre en branle toute une nouvelle procédure. Il faudra s'adresser au Conseil d'Etat dont on est souvent fort éloigné, constituer avocat,

supporter des frais assez lourds et surtout attendre pendant de longs mois la décision du Haut Tribunal administratif. Est-ce apporter de nouvelles garanties à l'individu que tout cela ?

Quant à la prétendue supériorité technique du juge administratif sur le juge ordinaire, elle reste à démontrer. Les deux ordres de tribunaux ont chacun, parmi leurs membres, des juristes extrêmement distingués et fort capables de trancher n'importe quel problème juridique. Bien plus, par la voie de l'exception d'illégalité le plaideur bénéficie du double degré de juridiction et peut encore faire valoir son droit devant la Cour de cassation. Le recours en appréciation de validité, au contraire, n'offre aucune de ces voies de recours. (Cet inconvénient est d'ailleurs plus nominal que réel étant donné la très haute science juridique des membres du Conseil d'Etat).

Plaçons-nous maintenant sur le terrain de la logique. En quoi le recours en appréciation de validité constituerait-il une application du principe de la séparation des pouvoirs alors que l'exception d'illégalité n'en serait jamais qu'une entorse ?

De deux choses l'une : ou le Conseil d'Etat présente tous les caractères d'un tribunal, c'est-à-dire la spécialisation dans la fonction juridictionnelle et l'autonomie complète à l'égard du pouvoir exécutif ou, au contraire, il s'en écarte plus ou moins.

Certes il ne faut pas trop se fier à la valeur des mots. Les Conseillers d'Etat jouissent, en fait, d'une grande indépendance tandis que les garanties dont bénéficie en principe le juge ordinaire ne sont souvent qu'un **trompe-l'œil**, ne serait-ce que par le pouvoir discrétionnaire que possède le Garde des Sceaux en matière d'avanc-

cement. Il faut reconnaître aussi la tendance très nette qui existe à spécialiser de plus en plus le Conseil d'Etat dans le rôle juridictionnel et à garantir davantage ses membres contre l'arbitraire gouvernemental. La création de sections du contentieux, leur multiplication, l'élimination plus ou moins complète de l'élément administratif de ces sections, la réduction à presque rien du rôle de l'Assemblée publique du contentieux, l'amélioration des conditions de recrutement des Conseillers par l'institution d'un concours très difficile, la limitation, enfin, du nombre des nominations réservées au Gouvernement, marquent bien cette évolution.

Néanmoins, il est une garantie d'indépendance essentielle dont sont privés les membres du Conseil d'Etat, c'est l'inamovibilité. Alors que le juge ordinaire ne peut être ni déplacé, ni rétrogradé, ni révoqué par le pouvoir exécutif, le Conseiller d'Etat est à la merci d'un décret du Chef de l'Etat en Conseil des Ministres.

De plus, si le système de l'administrateur-juge n'est plus guère défendu de nos jours, il n'en est pas moins vrai qu'il existe encore au sein de notre Haute Assemblée une extrême confusion entre la fonction délibérante et la fonction juridictionnelle. Qu'on n'oublie pas, en effet, que les Conseillers des diverses sections du contentieux font partie de l'Assemblée générale du Conseil d'Etat délibérant comme corps consultatif et que, en sens inverse, l'Assemblée du Conseil au contentieux est composée, outre les sections du contentieux de cinq conseillers en service ordinaire choisis dans les sections administratives et dans la section de législation.

Or, s'il est moins dangereux pour les libertés individuelles de confier la juridiction à des administrateurs

délibérants qu'à des administrateurs actifs, il n'en est pas moins vrai que l'on reste soumis au régime atténué de l'administrateur-juge, ce qui a permis d'écrire à M. Bonnard, (*op. cit.*, p. 113) que les tribunaux administratifs « ne sont autre chose que des dégradés successifs du système de l'administrateur-juge vers celui du tribunal autonome ».

Et cependant, lorsque le Conseil d'Etat, agissant sur recours direct pour excès de pouvoir ou sur recours incident en appréciation de validité, examine la légalité d'un acte administratif, il remplit purement et simplement un rôle juridictionnel.

Le recours pour excès de pouvoir, d'abord, n'est pas un recours gracieux « Qu'est-ce qu'un recours contentieux, écrit Hauriou (*op. cit.*, p. 423)... simplement une contestation qui peut être tranchée par une solution de droit. Or, soutiendra-t-on que le Conseil d'Etat, dans les excès de pouvoir, ne solutionne pas des litiges par des décisions de droit, alors que la jurisprudence des excès de pouvoir a posé tant de règles de droit ¹ Il y a donc aussi matière contentieuse ». Et M. Bonnard qui, contrairement à Hauriou, soutient que l'individu a un droit subjectif à la légalité des actes administratifs, se rencontre avec ce dernier sur la nature contentieuse des arrêts rendus en matière d'excès de pouvoir. « La contestation juridictionnelle, dit-il, peut être et est effectivement autre chose encore qu'un système de prétentions bilatérales soumises au juge par deux parties qui se présentent devant lui comme parties au litige. On peut considérer qu'il y a contestation dès qu'une prétention émise se heurte à une certaine résistance ou opposition ; et cela sans qu'il soit nécessaire que la partie

opposante vienne devant le juge en qualité de partie au procès pour affirmer et soutenir sa propre prétention. Ainsi dans le recours pour excès de pouvoir la contestation consiste en ce que le requérant ayant émis la prétention que l'acte est illégal et doit être annulé, l'administration refuse de reconnaître que cette prétention est fondée et qu'elle doit retirer l'acte ».

Lorsque le Conseil d'Etat examine si un recours pour excès de pouvoir est fondé ou non, que fait-il en somme ? Il recherche si l'acte attaqué a été pris ou non en violation de la loi. Que cet acte soit entaché d'un vice de forme, d'incompétence, de détournement de pouvoir ou qu'il ait violé ouvertement un texte positif de loi et un droit acquis, il y a toujours violation de la loi. Le Conseil d'Etat remplit finalement le même rôle que le juge ordinaire statuant sur l'exception d'illégalité ; il *juge*. Les motifs de ses arrêts restent soumis au principe de la légalité comme les motifs de tout jugement et ne reposent pas sur de pures considérations d'équité.

Quant à la décision d'annulation et à l'autorité absolue qui s'y attache elle s'explique et se justifie par le développement historique du recours pour excès de pouvoir, développement consacré par l'art. 9 de la loi du 24 mai 1872, qui dispose que « Le Conseil d'Etat statue souverainement sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoir formées contre les actes des diverses autorités administratives ».

A plus forte raison statuera-t-il en qualité de juge et non de supérieur hiérarchique, lorsqu'il sera saisi par la voie du recours en appréciation de validité. C'est que cette voie indirecte du contrôle de la légalité, si elle s'apparente au recours pour excès de pouvoir, s'en

sépare nettement sur beaucoup de points et se rapproche encore davantage du caractère contentieux.

Ainsi la condition nécessaire et suffisante pour sa recevabilité est l'existence d'un litige né et actuel. En matière de simple police, par exemple, le Conseil d'Etat n'accueillera pas un recours pour appréciation de validité tant qu'il ne lui aura pas été justifié qu'un jugement de simple police a décidé de surseoir à statuer jusqu'à ce qu'il ait été prononcé sur la légalité de l'acte par la Haute Assemblée (V. Cass., 28 octobre 1931, *Annales des J.P.*, 1934, p. 483). Dans ce cas la contestation est véritablement matérialisée par la présence de deux parties émettant des prétentions contraires. Le recours en appréciation se débat contradictoirement entre les parties que le litige a mises en présence devant l'autorité judiciaire, le ministre n'y intervenant que par un simple avis. Nous savons qu'en matière d'excès de pouvoir, peut se pourvoir au contraire, toute personne qui a un intérêt personnel, direct et légitime, à son annulation.

Egalement, le dispositif des arrêts du Conseil statuant sur recours en appréciation de validité, montre le souci de la Haute Assemblée de *dire le droit* sans plus ». Est entaché d'illégalité... « tel est le début de ce dispositif qui ne comporte jamais qu'une constatation, à l'exclusion de toute décision.

Enfin, sans insister sur les autres différences entre le recours pour excès de pouvoir et le recours en appréciation de validité, ce dernier recours, plus encore que l'autre, porte la marque contentieuse du fait, nous l'avons déjà dit, que les arrêts constatant l'illégalité des actes administratifs n'ont que l'autorité relative de la chose jugée.

Donc le Conseil d'Etat, lorsqu'il contrôle la légalité d'un acte administratif joue le même rôle purement juridictionnel que le juge ordinaire statuant sur l'exception d'illégalité.

Dénier à ce dernier le droit d'apprécier la légalité des actes administratifs c'est vouloir lui retirer une parcelle de sa compétence naturelle pour l'attribuer à une assemblée qui, en principe, ne possède pas tous les attributs d'un véritable tribunal et garde, en particulier, des liens assez étroits, sinon avec l'administration active, tout au moins avec l'administration délibérante.

Peut-on dire qu'on a ainsi sauvegardé le principe de la séparation des pouvoirs ? N'a-t-on pas plutôt consacré un empiétement du pouvoir exécutif sur le pouvoir judiciaire ?

Disons-le franchement, le seul argument qui rende acceptable une pareille violation à la séparation des pouvoirs, c'est la très haute conscience qu'ont de leur mission les membres du Conseil d'Etat et l'extrême libéralisme dont ils ont toujours fait preuve au profit de l'individu. Or, ceci n'est pas une question de logique juridique mais le résultat d'une longue tradition tout à l'honneur de notre Haute Assemblée et il est à penser que, si le juge ordinaire avait eu seul la plénitude du contrôle de la légalité des actes administratifs, il aurait adopté la même attitude au lieu de s'enfermer dans une interprétation étroite de la légalité de peur d'empiéter sur la fonction administrative. La jurisprudence, déjà étudiée, de notre Cour suprême, dans le domaine répressif en matière de propriété privée, n'en est-elle pas une preuve manifeste ?

L'intérêt de ce raisonnement est loin d'être théorique ;

il englobe, en effet, dans ses conséquences non seulement les règlements mais aussi les actes individuels. Il englobe même ces derniers à plus juste titre car, ainsi que l'écrit M. Rives dans sa thèse sur *L'exception d'illégalité*, « Exercice différent d'une même attribution, ils tendent au même but, ils méritent le même traitement. Le contrôle des tribunaux doit d'autant plus s'exercer sur eux que, dans ce cas, le pouvoir administratif se prête plus facilement à l'arbitraire en s'exerçant contre les citoyens pris isolément ».

Concluons donc : le principe de la séparation des pouvoirs, sainement entendu implique, non pas une restriction quelconque à la compétence du juge ordinaire en matière d'exception d'illégalité mais au contraire la plénitude de compétence et, de ce fait, la disparition du recours en appréciation de validité. Seul mériterait d'être retenu le recours pour excès de pouvoir qui, par son histoire, son originalité et les précieuses garanties qu'il apporte à l'individu est la véritable raison d'être de la juridiction administrative.

Nous allons constater maintenant que cette solution est loin de cadrer avec notre jurisprudence actuelle et que, bien au contraire, la tendance qui se dessine semble être l'arrêt de mort de la compétence des tribunaux judiciaires en matière d'exception d'illégalité avec, comme conséquence, un développement considérable du domaine d'application du recours en appréciation de validité.

B. *L'arrêt Septfonds du 16 juin 1923.*

A la suite de manquants à la réception de marchandises expédiées en 1917, le destinataire, le sieur Septfonds,

avait assigné la Compagnie des Chemins de fer du Midi en dommages-intérêts. La Compagnie opposa la non-recevabilité de la demande, motif pris de ce que Septfonds ne lui avait pas adressé une réclamation dans le délai de trois jours imparti par l'art. 7 de l'arrêté ministériel du 31 mars 1915. Le demandeur répliqua que cet article n'était que la reproduction de l'art. 105 du Code de Commerce au bénéfice duquel la Compagnie avait renoncé tacitement, en vertu d'une jurisprudence constante, en acceptant les réserves faites par le destinataire à l'arrivée. La Compagnie prétendit que l'art. 7, pris pour des motifs d'ordre public, était dérogoire au droit commun.

Tout se ramenait donc à une question d'interprétation d'un règlement et c'est tout à fait incidemment, comme conclusion accessoire d'une théorie générale, que le principe de contrôle de la légalité par les tribunaux judiciaires fut examiné par M. l'Avocat Général Matter¹, appelé à donner ses conclusions devant le Tribunal des Conflits qui avait été saisi du conflit élevé par le Préfet de la Seine à la suite d'un déclinatoire d'incompétence déposé devant la Cour d'appel de Paris.

Après avoir démontré la nature réglementaire de l'arrêté ministériel du 31 mars 1915, le Commissaire du Gouvernement procède à l'analyse et à la comparaison des jurisprudences administrative et judiciaire et aboutit aux conclusions suivantes :

Si la jurisprudence de la Cour de cassation admet le droit pour le juge ordinaire de contrôler la légalité et d'interpréter le sens des règlements administratifs, si le Conseil d'Etat semble également favorable à l'inter-

1. Actuellement Procureur Général devant la Cour de cassation,

prétation, par les tribunaux judiciaires, des règlements, en revanche, en ce qui concerne le contrôle de la légalité desdits actes, les jurisprudences administrative et judiciaire sont nettement et fermement opposées.

M. l'Avocat Général Matter pose ensuite le principe qui sera la clef de voûte de tout son raisonnement « Il n'est qu'une manière de résoudre la question, revenir aux principes de base, reprendre les textes qui ont statué sur la séparation des pouvoirs, qui l'ont définie et organisée (Loi des 16-24 août 1790, Titre 2, art. 13, décret du 16 fructidor an III). De ces textes une expression doit être fortement relevée, parce qu'elle donne tout son sens au principe posé : *troubler les opérations*. Toutes les fois, donc, que le jugement pourra troubler les opérations des corps administratifs, connaître des actes de l'administration, quand, par sa sentence, il risque soit d'arrêter la marche du pouvoir exécutif, soit de se faire juge d'un acte de la puissance publique, le tribunal doit s'arrêter, définitivement s'il s'agit du fonds, provisoirement si seule se pose une question préjudicielle dont doit connaître l'autorité administrative. Hors ces cas, il doit juger. Où il n'y a pas trouble, il n'y a pas violation du principe de la séparation des pouvoirs... ».

Si ce raisonnement n'est que le reflet des idées en cours, il s'en distingue cependant par sa conclusion beaucoup plus rigoureuse que celle qui était généralement admise en ce qu'il dénie au juge ordinaire toute compétence, aussi bien pour le règlement que pour l'acte administratif individuel, en matière d'exception d'illégalité car, dit-il « La déclaration d'illégalité qui refuse cette application (du règlement), écarte le règlement, trouble l'opération du corps administratif ».

Seul trouve grâce dans ces conclusions le droit d'interprétation du règlement par le juge ordinaire et cela pour les deux raisons que nous avons précédemment examinées et critiquées :

1^o L'interprétation ne trouble pas l'opération administrative.

« Le juge qui cherche la pensée exacte d'un règlement administratif, qui se pénètre de son intention, qui scrute son texte pour en faire une exacte application, en quoi trouble-t-il le règlement... ? En recherchant la pensée d'un acte obscur et ambigu il ne trouble pas cet acte et le respecte ... ».

2^o Le règlement participe du caractère de la loi :

« De même que le juge ne peut refuser de juger sous prétexte d'obscurité de la loi, il doit déterminer le sens d'un règlement si une difficulté s'élève et, s'y refusant, il commettrait un déni de justice... ».

Le Tribunal des Conflits, dans un considérant qui fit grand bruit, se rangea à l'avis de son Commissaire du Gouvernement.

« Considérant que s'il (l'arrêté du 31 mars 1915) constitue un acte administratif en raison du caractère des organes dont il émane et si, dès lors, à ce titre, il appartient à la juridiction administrative seule d'en contrôler la légalité, il participe du caractère de l'acte législatif puisqu'il contient des dispositions d'ordre général et réglementaire et, qu'à ce dernier titre, les tribunaux judiciaires chargés de l'appliquer sont compétents pour en fixer le sens, s'il se présente une difficulté d'interprétation au cours d'un litige dont ils sont complètement saisis ».

Si ce considérant marque le début d'une jurisprudence

nouvelle et vient à passer dans le dispositif des prochains arrêts du Tribunal des Conflits, les tribunaux judiciaires seront dépouillés de tout pouvoir d'appréciation de la légalité des actes administratifs en matière non répressive (à l'exception des cas prévus spécialement par la loi) ce qui augmentera d'autant la compétence du Conseil d'Etat statuant sur recours en appréciation de validité.

Il faut reconnaître que l'excessive timidité des juges de simple police devant lesquels est soulevée l'exception d'illégalité des décisions de police qu'ils sont chargés de sanctionner par des peines est pour beaucoup dans le développement, qui risque de devenir hypertrophique, du recours en appréciation de validité.

Il est permis de se demander si cet arrêt fera jurisprudence. Il a rencontré, en effet, l'opposition quasi-unanime de la doctrine (V. Mestre, *Recherches sur l'exception d'illégalité op. cit.*, p. 593 et suiv.; Closset, « Contrôle de la légalité et interprétation des règlements », *Revue critique de législation et de jurisprudence*).

M. Mestre n'a aucune peine à démontrer que la jurisprudence du Conseil d'Etat est loin d'être opposée au contrôle de la légalité par le juge ordinaire comme le prétend le Commissaire du Gouvernement dans ses conclusions en se référant à tort à certains arrêts. L'arrêt du 17 décembre 1847 ne s'applique pas à un règlement mais à un acte administratif particulier, celui du 21 avril 1853 tranche simplement une question de compétence à l'égard d'une demande en dommages-intérêts pour dommages causés par une opération administrative (en l'espèce la fixation par l'administration de tarifs trop faibles pour les Compagnies de Chemins de fer), enfin, les arrêts du 18 avril 1886 et 15 février 1884 se

bornent à admettre la compétence des tribunaux judiciaires relativement aux litiges nés de l'application des tarifs de chemins de fer.

Egalement le savant maître prouve irréfutablement que les arrêts du Tribunal des Conflits des 22 avril et 4 juin 1910, S., 1910-3-129 cités par M. l'Avocat Général Matter ne sont nullement des précédents comme l'avance ce dernier, car ils visent tous deux non pas des règlements mais des actes particuliers, savoir des ordres verbaux du maire de sonner les cloches de l'église à l'occasion de certains enterrements civils bien déterminés. De même, l'arrêt *Marquigny* du 5 novembre 1880 et tous ceux qui l'ont suivi concernent la légalité d'actes administratifs individuels, à savoir des décrets rendus contre des congrégations pour les expulser des locaux qu'elles occupaient (S., 1881-3-81). (Voir Boissard, *l'Exception d'illégalité devant les tribunaux judiciaires*, Thèse, Dijon, 1925, p. 41).

A ces premiers griefs contre l'argumentation de M. l'Avocat Général Matter, s'en ajoutent d'autres.

D'abord est-il bien certain que le Tribunal des Conflits ait entendu donner au règlement le même caractère que la loi ? Dans l'affirmative on s'expliquerait qu'il ait refusé aux tribunaux judiciaires le droit d'en examiner la compétence puisque « en France... une loi est toujours réputée constitutionnelle, aucun pouvoir n'étant compétent pour la contester ». (Closset, *op. cit.*, p. 250). Mais pourquoi alors la juridiction administrative aurait-elle cette compétence ? D'ailleurs l'assimilation entre le règlement et la loi est, nous l'avons vu, inexacte.

Egalement nous estimons que, pour les raisons déjà exposées, le principe de la séparation des pouvoirs,

second argument des conclusions de M. l'Avocat Général Matter, n'a rien à voir avec la matière de l'exception d'illégalité et que, si le contrôle de la légalité des actes administratifs par le juge de l'excès de pouvoir mérite d'être retenu, en revanche, il n'y a aucun inconvénient théorique et rien que des avantages pratiques à ce que ce même contrôle, sous forme de question préjudicielle soit de la pleine compétence des tribunaux judiciaires.

Enfin, les solutions contraires adoptées pour le pouvoir d'interprétation des règlements et l'appréciation de leur légalité ne sont pas logiques. Le juge qui cherche à pénétrer les clauses obscures d'un règlement n'empiète-t-il pas davantage sur la fonction administrative que lorsqu'il examine leur légalité ? Préciser le sens d'un règlement, n'est-ce pas collaborer d'une manière plus directe à l'action de l'administrateur qu'en se bornant à constater objectivement la légalité de l'acte ?

Que l'on examine ce qui se passe dans le recours en appréciation de validité des actes administratifs individuels. Sauf les quelques exceptions apportées par le Conseil d'Etat, une règle domine cette matière *Cujus condere ejus dem est interpretari*. C'est à l'auteur de l'acte à en donner l'interprétation car la sagesse veut qu'on s'adresse à celui qui a édicté l'acte pour connaître le sens véritable contenu dans certaines dispositions obscures. Or, pour les règlements administratifs, dire que le juge a le droit d'interprétation c'est évidemment écarter la règle « *Cujus condere...* », c'est admettre que le juge peut se substituer par la pensée à l'auteur du règlement, substitution qui risque de l'amener à donner à cet acte une portée à laquelle l'auteur n'avait pas songé.

Le juge qui interprète un règlement peut donc, en fait,

créer des règles de droit administratif ; quand il se borne à en contrôler la légalité son rôle, au contraire, se réduit à trancher un conflit entre la loi et ce règlement.

Si on peut craindre vraiment pour le principe de la séparation des pouvoirs c'est donc plutôt lorsque le juge interprète un règlement que lorsqu'il en contrôle la validité. Et le Tribunal des Conflits aurait été plus logique avec lui-même en déniaut au juge ordinaire tout droit d'interprétation du règlement et en lui donnant la pleine compétence pour l'appréciation de la validité de tous les actes administratifs.

Mais enlever au juge son droit d'interprétation des innombrables règlements sur lesquels repose la vie de la nation, c'est ouvrir toute grande la porte à une multitude de questions préjudicielles, c'est, non pas entraver, mais bloquer la vie juridictionnelle du pays¹.

Enfin, dernière critique à l'arrêt *Septfonds*, il est impossible d'attribuer au règlement une double nature, à la fois administrative et législative. Il faut choisir entre les deux et le choix est aisé, le règlement est un acte administratif et n'est que cela.

L'avenir nous dira si les multiples inconvénients pratiques qui risquent de résulter de l'arrêt *Septfonds* n'amèneront pas le Tribunal des Conflits à abandonner sa théorie lorsque la question de l'interprétation des actes administratifs et du contrôle de leur légalité sera à nouveau posée devant lui.

1. Enfin, dans la majorité des cas, il serait fort difficile au juge de contrôler la légalité des actes administratifs sans entrer auparavant dans l'interprétation de ces actes. Admettre le droit de contrôle du juge c'est donc *à fortiori* lui donner le pouvoir d'interprétation.

Disons donc que le contrôle de la légalité et l'interprétation de l'acte administratif ne peuvent, logiquement et pratiquement, se concevoir l'un sans l'autre.

Ce n'est pas sans curiosité qu'on attend les prochains arrêts de la Cour de cassation en cette matière. Certes, notre Cour suprême a une tendance marquée à se décharger sur la juridiction administrative de tous les litiges où l'administration est directement ou indirectement intéressée mais, en l'occurrence, admettre la solution impliquée dans l'arrêt *Septfonds* constituerait pour elle une véritable abdication et entraverait la bonne marche de la justice.

Ce qu'il faut souhaiter, au contraire, c'est qu'une saine interprétation du principe de la séparation des pouvoirs ramène, en matière d'exception d'illégalité tout au moins, à confier au juge ordinaire la plénitude du contrôle de la légalité de tous les actes administratifs.



D'ores et déjà il est permis de croire que le Tribunal des Conflits n'a pas entendu remettre en question le droit de contrôle de la légalité, du juge ordinaire, en matière de délimitation des domaines maritime et fluvial et en matière fiscale, matières que le Commissaire du Gouvernement a lui-même exceptées de son raisonnement ¹.

1. Remarquons que, dans ces deux matières, nous ne sommes plus dans le domaine d'application de l'exception d'illégalité tel que nous l'avons défini précédemment. Ici l'administration est partie au procès. Si l'acte est reconnu illégal, le rôle du juge ne se bornera pas à cette constatation objective, il condamnera l'administration car elle a violé non pas seulement le droit subjectif de l'individu à la légalité (droit très controversé) mais aussi les droits subjectifs qu'il tient de sa situation de propriétaire ou de contribuable. Il y a donc contentieux de pleine juridiction. Mais le rôle du juge ordinaire est alors autrement dangereux pour l'administration que dans les cas où il se borne à rejeter les actes illégaux. Et le pouvoir qui lui est reconnu, dans ces deux domaines, comme juge du contentieux subjectif, n'est-il pas un argument puissant en faveur de l'octroi aux tribunaux judiciaires, de la plénitude du contentieux objectif de la légalité des actes administratifs, au moins quand il lui est soumis par voie d'exception ?

a) La jurisprudence relative à la fixation des limites des rivages de la mer ou des bords des rivières navigables fait bien ressortir les défauts de la théorie qui voit dans l'exception d'illégalité une entorse au principe de la séparation des pouvoirs.

Le décret du 21 février 1852, art. 2, édicte que « Les limites de la mer sont déterminées par des décrets du Président de la République rendus sous forme de règlements d'administration publique, tous les droits des tiers réservés, sur le rapport... ».

Aux termes de l'art. 36 de la loi du 8 avril 1898, la délimitation des voies navigables se fait « par arrêtés préfectoraux rendus après enquête sous l'approbation du Ministre des travaux publics ».

La Cour de cassation n'a jamais cessé de revendiquer pour les tribunaux judiciaires le droit d'apprécier la légalité de ces décrets et arrêtés de délimitation.

Le Conseil d'Etat, de son côté, accepte depuis 1860, d'annuler ceux de ces actes qu'il reconnaît entachés d'excès de pouvoir.

L'individu victime d'un acte illégal de délimitation a donc depuis 1860 le choix entre deux voies, l'une en annulation de la décision devant le Conseil d'Etat, l'autre en dommages-intérêts devant les tribunaux judiciaires.

Ce parallélisme des deux voies de recours a été admis définitivement par le Conseil d'Etat dans ses deux arrêts du 11 janvier et du 1^{er} mars 1873 (Affaire *Pâris-Labrosse* et affaire *Guillié, S.*, 1874-2-61).

Il est normal que cette dérogation flagrante au principe de la séparation des pouvoirs entendue à la française soit approuvée par Hauriou, partisan des plus fervents de l'interprétation du principe non pas du point de vue fonctionnel mais du point de vue politique.

Mais il est non moins remarquable de constater avec quel soin il s'applique à démontrer que cette jurisprudence n'implique pas empiètement du pouvoir judiciaire sur le pouvoir exécutif.

« Il n'y a pas atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, dit-il, parce que l'autorité judiciaire, en fixant une indemnité de dépossession n'apprécie aucunement la validité de l'acte de délimitation ; l'indemnité est fondée uniquement sur le fait matériel de la possession définitive et celle-ci résulte moins de l'acte de délimitation que de l'opération de délimitation et de l'occupation réalisée au nom du service de la navigation, occupation qui se traduira immédiatement par la mise en mouvement de la police de la voirie et par des contraventions dressées contre les propriétaires qui tenteraient de reprendre possession effective ».

M. Berthélémy, adversaire déterminé de cette jurisprudence, n'a aucune peine à réfuter cet argument. « Le caractère séparable des deux actes dont il s'agit est précisément inadmissible ! » écrit-il (*Traité élémentaire de droit administratif*, 12^e édition, p. 557). Le tribunal ne peut considérer l'emprise comme une usurpation — et en ordonner réparation — qu'à la condition de tenir l'acte de délimitation pour inexact ».

On aperçoit sans peine la contradiction qui existe entre notre jurisprudence en matière de délimitation fluviale et maritime et celle que semble vouloir instaurer l'arrêt *Septfonds*.

« Non pas contradiction mais exception » répondront les partisans de l'arrêt *Septfonds*. Le pouvoir judiciaire « gardien de la propriété privée » ne saurait être dépossédé du droit d'en assurer le respect.

Sur ce point encore M. Berthélémy reste logique avec lui-même lorsqu'il réplique : « Le pouvoir judiciaire n'est pas seulement le gardien de la propriété privée, il est aussi celui de toutes les libertés individuelles. Or il n'y a pas d'acte de puissance publique qui ne puisse violer une de ces libertés. Dans toutes les opérations il faudrait donc admettre la théorie des recours parallèles et, à côté du recours administratif contre l'acte, il faudrait reconnaître l'existence d'une action civile en réparation ».

Tel nous paraît bien, en effet, le système qui protégerait le mieux les libertés individuelles, système qui est loin d'être théorique puisqu'il est suivi en Belgique.

Quoi qu'il en soit, l'argumentation de M. Berthélémy apporte, dans les limites plus étroites de l'exception d'illégalité, un démenti éclatant à la thèse qui ne voit dans le contrôle de la légalité par le juge ordinaire qu'une exception au principe de la séparation des pouvoirs.

Les tribunaux judiciaires seraient les gardiens de toutes les libertés individuelles et, sous prétexte d'éviter de troubler l'action administrative on leur retirerait non pas seulement le droit de défendre ces libertés mais même la faculté de constater qu'un acte administratif a violé une de ces libertés ; on irait confier cette compétence à des juges moins indépendants en principe et plus proches de l'administration active contre laquelle justement il importe de défendre les libertés individuelles ! On tourne là dans un cercle vicieux.

De plus, il est permis de se demander pourquoi la propriété individuelle aurait besoin d'un tel luxe de protection. Toutes les libertés ne sont-elles pas respectables au même titre ? Et sur quelles bases repose la place privilégiée qu'on attribue à la liberté de la propriété ?

Qu'on se rappelle l'importante influence qu'ont exercée les théories des Parlements de l'Ancien Régime et des Physiocrates sur les rédacteurs de la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen. Si les Parlements se sont, dans de fameuses remontrances, proclamés les défenseurs de la liberté de la propriété privée (Voir les remontrances du Parlement de Paris du 23 avril 1777) ils se sont également considérés comme les gardiens vigilants des autres libertés individuelles (Voir les remontrances du 21 avril 1759 du Parlement de Paris dans l'affaire du *Parlement de Besançon* affirmant le principe de la liberté individuelle. Voir aussi les remontrances du même Parlement de mars 1788 dans l'affaire du *Conseiller Sabatier*, proclamant l'égalité des citoyens devant l'impôt etc...). Et les Physiocrates, s'ils ont mis à la base de leur doctrine le principe de la propriété privée, n'ont jamais vu dans cette liberté qu'une conséquence de la liberté du travail, cette dernière étant conditionnée elle-même par la liberté de l'individu à disposer de sa personne.

Qu'on lise enfin la Déclaration elle-même. Elle ne fait pas une place à part à la propriété privée. Elle en parle dans son art. 17, comme elle affirme dans son art. 6 l'égalité des citoyens devant la loi, dans son art. 7, la liberté individuelle, dans son art. 10, la liberté d'opinion et de la liberté religieuse, dans son art. 11 les libertés de la parole, de l'écriture, de la presse etc...

Enfin le Tribunal des Conflits n'a-t-il pas apporté un autre démenti à la règle qui fait du pouvoir judiciaire le gardien exclusif de la propriété privée, dans son arrêt *Thomassin* du 29 mars 1850 ? On sait que la réparation des dommages résultant de l'exécution des travaux publics est de la compétence des Conseils de préfecture (Lois

du 28 pluviôse an VIII, art. 4 et du 16 septembre 1807). Or, tout dommage temporaire implique un trouble à la possession et intéresse au premier chef la propriété privée. Lorsque ce dommage devient permanent il aboutit à une complète dépossession. La propriété n'est plus alors qu'un mot vide de sens et le propriétaire est virtuellement exproprié. La Cour de cassation, contrairement au Conseil d'Etat, a admis jusqu'à l'arrêt *Thomassin* qu'il y avait là une véritable expropriation juridique. L'arrêt précité a tranché cette divergence de jurisprudence en faveur du Conseil d'Etat. Voici donc un domaine où le Tribunal des Conflits a abandonné sa théorie des arrêts *Páris-Labrosse* et *Guillié* qui fait de l'autorité judiciaire la gardienne exclusive de la propriété privée.

b) La matière fiscale est une de celles où la puissance publique se manifeste avec le plus de netteté... et de vigueur. Or, ce n'est pas une des moindres anomalies de notre droit public, les tribunaux judiciaires sont compétents pour juger le contentieux des impôts indirects et, par voie de conséquence, pour contrôler la légalité des actes administratifs en vertu desquels le contribuable est déclaré débiteur et la perception de sa dette effectuée (Cass., 19 août 1875, S., 1875-1-366).

C'est ce que souligne M. l'Avocat Général Matter dans ses conclusions *Septfonds* : « On est d'accord, dit-il, pour reconnaître une même exception en matière d'impôts indirects en se fondant, sinon sur le texte étroit, du moins sur l'esprit des lois des 7 septembre 1790 et 5 vendémiaire an VIII qui ont donné, en cette matière pleine juridiction aux cours et tribunaux ; il leur appartient donc de connaître de la légalité des taxes indirectes et assimilées telles que tarifs d'octroi (C.E., 18 décembre

1862), ponts et péages (C.E., 1^{er} juin 1870), taxes pour rectification de routes (C.E., 29 mars 1855), tarifs de chemins de fer (C.E., 12 avril 1866-15 février 1884 ; Civ., 26 août 1874, D., 1875-1-378)... ».

Ajoutons à cette liste, pour faire saisir l'immensité du domaine réservé à la compétence judiciaire, les droits de douane, d'enregistrement, les nombreuses taxes communales d'inhumation, de balayage, de stationnement sur la voie publique, de place dans les marchés, les droits de pesage, de mesurage, de jaugeage, les péages communaux, etc.

On explique la répartition du contentieux fiscal entre les deux ordres de juridictions en disant que les impôts directs perçus en vertu de rôles nominatifs rendus exécutoires par le préfet, constituent essentiellement des actes administratifs dont l'examen appartient en propre à l'autorité administrative, tandis que les impôts indirects ne soulèvent presque jamais que l'interprétation de tarifs émanés directement du pouvoir législatif qu'il n'y avait aucun motif d'enlever à la connaissance des tribunaux judiciaires.

Ainsi la note sous D., 1875-1-378, citée par M. l'Avocat Général Matter, s'exprime en ces termes : « Les Cahiers des Charges des concessions de chemins de fer, les tarifs dressés en exécution des dispositions de l'ordonnance du 15 novembre 1846, sont les annexes des lois de concession. Ils constituent de véritables actes législatifs et, à certains égards de véritables lois d'impôt dont l'application et l'interprétation ne peuvent appartenir qu'au pouvoir judiciaire ».

Mais la véritable raison est d'ordre historique. C'est l'impopularité très vive qui existait à l'encontre des impôts indirects au moment de la Révolution ainsi qu'à

l'égard des intendants. Au moment où le Gouvernement fut obligé de rétablir les impôts indirects qui avaient été supprimés, il lui fallut calmer la méfiance populaire en confiant le contentieux de ces impôts aux tribunaux judiciaires.

La raison juridique de l'attribution du contentieux des impôts indirects au juge ordinaire ne tient pas, parce que rien ne permet de dire que ce contentieux diffère par sa nature de celui des impôts directs.

A la base de tout impôt il y a d'abord un acte-règle, la loi d'impôt qui crée l'impôt et établit la nomenclature des circonstances qui en rendront le contribuable, pris *in abstracto*, débiteur envers l'Etat (Trotabas, « La nature juridique du contentieux fiscal », *Mélanges Hauriou*, p. 742 et suiv.).

Puis vient un premier acte-condition, c'est-à-dire un acte qui se borne à investir l'individu d'une situation juridique générale et impersonnelle sans apporter par lui-même une règle de droit nouvelle, c'est la loi de budget qui autorise la perception des impôts créés par la loi d'impôt.

Enfin sont exécutés des actes administratifs, différents suivant qu'il s'agit d'impôts directs ou d'impôts indirects, mais qui sont tous des actes-conditions. Pour les impôts directs le plus important est le rôle ; pour les impôts indirects ce sont tous les actes par lesquels les agents de la Régie, des contributions, des douanes, les employés d'octroi etc... recherchent la matière imposable, liquident et perçoivent les droits.

Dans un cas comme dans l'autre ces actes ne sont que la manifestation de ce que M. Trobabas, dans son article précité, appelle le « pouvoir fiscal ». Mais qu'est-ce que le pouvoir fiscal, sinon un des aspects les plus sensibles de la puissance publique ?

Or les tribunaux judiciaires se sont toujours reconnus le droit de contrôler la légalité tant des taxes et tarifs qui n'émanent pas du législateur lui-même que des actes administratifs en vertu desquels les dettes des contribuables sont constatées, liquidées et recouvrées.

Prenons le cas de la contrainte. L'individu qu'elle vise peut en contester la validité devant le juge ordinaire et si ce dernier l'estime illégale, il fait plus que l'écarter, il l'annule.

Ainsi la Cour de cassation, pour citer deux exemples, a jugé que « Lorsqu'au lieu d'une perception de droits, il s'agit d'une obligation contractée par un particulier envers la Régie pour couvrir un débet constaté à la charge d'un comptable, le recouvrement de la somme garantie par cette obligation ne peut pas être poursuivie par voie de contrainte » (10 août 1814, S., Chr. D., 22-692) et aussi que « le droit de décerner contrainte ne s'étend pas aux amendes » (1^{er} août 1899, S., 1900-1-181).

On pourrait citer une infinité de cas dans lesquels s'est exercé ce contrôle, par les tribunaux judiciaires, de la légalité des actes administratifs en matière de contentieux des impôts indirects. Le pouvoir judiciaire possède donc dans ce domaine la plénitude de la juridiction et l'on prêterait cependant à sourire en prétendant que l'action administrative ait été *troublée* jamais par les sentences des tribunaux judiciaires. Bien au contraire ces derniers se sont toujours montrés des gardiens particulièrement vigilants des intérêts de l'Etat.

N'est-on pas fondé à dire que c'est dans ce domaine que le « concert » des deux pouvoirs a été le mieux atteint et le principe de la séparation des pouvoirs le mieux appliqué ?

CONCLUSIONS

Notre conclusion sera brève car elle est incluse dans nos développements précédents. Elle se ramène à une observation qui domine tout le sujet : on donne au principe de la séparation des pouvoirs une importance capitale dans la détermination des limites du droit de contrôle du juge alors qu'en matière d'exception d'illégalité la séparation des pouvoirs n'est jamais en danger et n'a pas à intervenir.

Et si encore cette défense erronée d'un principe que rien ne menace ne veillait qu'à prévenir les excès possibles du juge tout en lui laissant la plénitude de sa fonction naturelle ! Mais ici, comme dans tout notre droit public, le principe de la séparation est « tout entier dirigé contre le pouvoir judiciaire ». On ne peut mieux le comparer qu'à une chaîne de montagnes dont l'un des versants tombe à pic et oppose une barrière brutale et infranchissable, tandis que l'autre versant descendant mollement vers la plaine commence on ne sait où et finit sans qu'on s'en aperçoive.

C'est vers le pouvoir judiciaire que se dresse le côté abrupt. La méfiance originelle qu'elle inspirait autrefois a disparu, mais des traces indélébiles en sont restées. De sorte qu'on est arrivé à ce résultat que, dans une matière où on ne devrait même pas parler de séparation des pouvoirs, on ne fait que raisonner sur cette fausse

base. Le juge n'est subordonné qu'à la loi, tout le monde le proclame à l'envi, mais on lui interdit, ou on lui discute, ou on lui restreint le droit de contrôler la légalité des actes, essentiellement subordonnés à la loi, de l'administration. Bien plus, à force d'agiter devant lui le principe de la séparation on est arrivé à lui donner une notion étroite, timide, de la légalité alors que la juridiction administrative a pu atteindre le plus haut degré de libéralisme.

Qu'on se garde de voir dans cette différence une justification de cette amputation de la compétence naturelle du juge. Si l'on n'avait pas suivi à son égard une politique aussi rigoureuse, nul doute que les droits de l'individu auraient été défendus par lui avec autant de sollicitude et que son contrôle de la légalité ne se serait pas borné d'une manière générale à l'examen de la conformité formelle de l'acte administratif à la loi. La jurisprudence judiciaire sur la légalité des actes de l'administration en matière de propriété privée en est une preuve tangible.

On a voulu voir dans le contrôle de la légalité des règlements une entorse nécessaire à la séparation des pouvoirs, un empiétement indispensable du judiciaire sur l'exécutif, alors que ce n'est que l'exercice naturel de la fonction juridictionnelle. Le juge est avant tout le défenseur du principe de la légalité. Or ce principe n'est pas une loi humaine. Il est au-dessus de la loi. C'est une condition d'existence de toute société organisée car il implique la hiérarchisation des normes et la discipline sociale. Il est à la société ce que le règlement est à l'armée. Hors de lui rien que l'anarchie ou l'arbitraire. Certes, la loi peut être inéquitable, mais c'est

la loi. L'individu sait au moins jusqu'où vont ses droits. Si la loi n'est pas d'accord avec les idées morales et politiques de la nation elle ne tarde pas d'ailleurs à être modifiée pour être modelée sur ces idées.

Cette assise fondamentale de notre société va-t-elle plier devant le principe de la séparation des pouvoirs ? La séparation des pouvoirs ne résulte que de nos textes révolutionnaires. *C'est une loi* qui doit rester soumise au principe de la légalité. Un pays ne pourrait-il pas vivre avec des pouvoirs confondus ? Notre Ancien Régime offrait bien cette synthèse des pouvoirs. Tout n'y allait pas si mal que cela. Et, de nos jours, la séparation n'est-elle pas entendue d'une toute autre manière en Angleterre ?

Or notre jurisprudence actuelle en matière d'exception d'illégalité n'est qu'un obscurcissement du principe de la légalité au profit de la séparation des pouvoirs. Certes, le juge administratif a une très haute idée de son rôle de défenseur de la légalité et le recours pour excès de pouvoir mérite pour cela d'être gardé comme une institution particulière et bienfaisante de notre droit public. Mais lorsque la légalité d'un acte administratif *quelconque* est contestée devant un tribunal civil, commercial ou pénal, comment ne pas voir qu'en retirant au juge ordinaire le droit de contrôler cette légalité on viole finalement les deux principes auxquels on paraît s'attacher : le principe de la séparation des pouvoirs et, chose plus grave, le principe de la légalité.

Vu, le Doyen,
Edgard ALLIX.

Vu, le Président de la Thèse,
BARTHÉLEMY.

Vu et permis d'imprimer
Le Recteur de l'Académie de Paris.
S. CHARLÉTY.

TABLE DES MATIÈRES

BIBLIOGRAPHIE	VII
INTRODUCTION	1
CHAPITRE PREMIER. — ETUDE HISTORIQUE DES MODIFICATIONS APPORTEES AU DOMAINE DE L'EXCEPTION D'ILLEGALITE	9
<i>Les textes révolutionnaires. — Le contentieux administratif de droit privé. — Les actes administratifs en forme de contrats. — Les actes administratifs unilatéraux</i>	31
CHAPITRE II. — LES ACTES DU POUVOIR EXECUTIF SOUS-TRAITS AU CONTROLE DE LA LEGALITE	45
<i>Les actes qui présentent le caractère législatif. — Les actes qui présentent le caractère gouvernemental</i>	48
CHAPITRE III. — LE CONTROLE DE LA LEGALITE DES ACTES ADMINISTRATIFS EN MATIERE REPRESSIVE	63
<i>Les bases du droit de contrôle du juge pénal. — Comment le Conseil d'Etat a été amené à contrôler les décisions de police</i>	63
Section I. — L'acte doit avoir été rendu par l'agent compétent	70
A) <i>Les polices générales</i>	72
B) <i>Les polices spéciales</i>	73
C) <i>Les conflits entre les diverses polices générales</i>	74
D) <i>Les conflits entre polices générales et spéciales</i>	76
Section II. — L'acte doit avoir été pris dans les formes légales .	79
Section III. — L'acte doit être, par son objet, conforme au droit	83
<i>Toutes les libertés individuelles sont soumises à la police générale. — Il n'y a pas conflit entre l'ordre public et les libertés individuelles</i>	83
A) <i>La jurisprudence du Conseil d'Etat</i>	89
B) <i>La jurisprudence de la Cour de cassation</i>	101

Section IV. — Le but de l'acte doit être celui que la loi avait en vue en donnant compétence à l'agent	108
A) <i>La jurisprudence du Conseil d'Etat</i>	108
B) <i>La jurisprudence de la Cour de cassation. — Critique</i> ...	123
 CHAPITRE IV. — LE CONTROLE DE LA LEGALITE DES ACTES ADMINISTRATIFS EN MATIERE NON REPRESSIVE	141
A) <i>Des fondements de la jurisprudence au moment de l'arrêt Septfonds</i> :	141
1° <i>La nature législative du règlement</i>	142
2° <i>Le principe de la séparation des pouvoirs</i>	148
B) <i>L'arrêt Septfonds du 16 juin 1923</i>	162
Historique. — Critique. — Le contrôle de la légalité des actes de délimitation des domaines maritime et fluvial	164
Le contrôle de la légalité des actes de l'administration en matière de contributions indirectes	170
 CONCLUSION	179

